



**Universidade de Brasília – UnB**

**Faculdade de Direito**

**DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A  
CRÍTICA AO ARGUMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL**

**ISABELLA OLIVEIRA CAMILO**

**BRASÍLIA**

**2013**

**Universidade de Brasília – UnB**

**Faculdade de Direito**

**ISABELLA OLIVEIRA CAMILO**

**DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A CRÍTICA  
AO ARGUMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção  
do título de bacharel em Direito pela Universidade de  
Brasília – UnB.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira

**BRASÍLIA**

**2013**

ISABELLA OLIVEIRA CAMILO

**DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A CRÍTICA  
AO ARGUMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL**

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito  
pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, pela banca examinadora  
composta por:

---

Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira (Orientador)  
Universidade de Brasília – UnB

---

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto  
Universidade de Brasília – UnB

---

Prof. Dr. Juliano Zaiden Benvindo  
Universidade de Brasília – UnB

---

Prof. Dr. Guilherme Scotti  
Universidade de Brasília – UnB

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao meu querido professor e orientador, pela atenção e paciência com que conduziu a orientação, pela seriedade e compromisso com a docência e também pelo aprendizado que extrapola a elaboração deste trabalho.

A meus pais, por acreditarem em meus sonhos, por incentivá-los e por serem o exemplo a ser seguido.

A minha irmã, pelo carinho e exemplo de dedicação.

A André, pelo apoio e incentivo durante toda esta jornada.

Às queridas amigas Camila, Letícia, Renata e Vânia, pela caminhada, pelos momentos que estarão sempre na memória e pelo compartilhamento de sonhos e aprendizado.

Aos meus colegas de turmas, os quais tenho a honra de chamar de amigos, por tornarem o caminho mais agradável.

*“We cannot leave justice to convention and anecdote”.*

*"If someone has a right to something, then it is wrong for the government to deny it to him even though it would be in the general interest to do so”.*

*R. Dworkin*

## **RESUMO**

O problema que se pretendeu analisar se resume na seguinte indagação: como deve ser elaborada a decisão correta para o caso que envolve o direito à saúde e o argumento da reserva do possível? Para tal investigação, foi feita a análise das teorias de Ronald Dworkin e de Robert Alexy, as quais permitem diferentes modos de elaboração de uma decisão judicial e formas de compreensão da Constituição Federal. O resultado obtido foi de que, enquanto a técnica da ponderação defendida por Alexy carece de elementos de justiça, o que conduz ao enfraquecimento da força vinculante da Constituição, a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin exige que a argumentação jurídica no caso seja pautada em princípios a fim de garantir uma leitura deontológica da Constituição. Desta forma, concluiu-se que é possível a construção de um processo decisório que seja constitucionalmente adequado e condizente com a expressão do “justo” no embate argumentativo entre direito à saúde e o argumento da reserva do possível.

**PALAVRAS-CHAVE:** direito à saúde; reserva do possível; direitos fundamentais; judicialização; ponderação; integridade.

## ***ABSTRACT***

The problem intended to be analyzed comes down to the following question: how should be elaborated the right decision for the case involving the right to health and the argument of the reserve of contingencies? For this investigation, was made the analysis of the theories of Ronald Dworkin and of Robert Alexy, which allow different modes of preparation of a judicial decision and ways of understanding the Constitution. The result was that, while the balancing technique advocated by Alexy lacks elements of justice, which leads to weakening of the binding force of the Constitution, the theory of law as integrity of Ronald Dworkin requires that the legal argument in the case is ruled by principles in order to ensure a deontological reading of the Constitution. Thus, it was concluded that it is possible to build a decision-making process that is constitutionally appropriate and consistent with the expression of "fair" in the argumentative clash between the right to health and the argument of reserve of contingencies.

**KEY WORDS:** right to health; reserve of contingencies; fundamental rights; judicialization; balancing; integrity.

# SUMÁRIO

<b>1. Introdução</b>	9
<b>2. Uma análise do problema à luz da teoria do direito de Robert Alexy</b>	12
2.1 A vinculação entre direito e moral	12
2.2 Distinção entre regras e princípios	13
2.3 Direitos individuais e bens coletivos	14
2.4 Teoria dos direitos fundamentais	17
2.5 Normatividade de regras e princípios	18
2.6 A máxima da proporcionalidade	19
2.7 Críticas	20
<b>3. Uma análise do problema à luz da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin</b>	24
3.1 Argumentos de princípio e argumentos de política	24
3.2 Direitos como trunfos	26
3.3 Igualdade: a virtude soberana	27
3.4 Direito como integridade	28
3.4.1 O direito como um exercício de interpretação: a alegoria do “romance em cadeia”	30
3.5 Os casos difíceis	32
3.5.1 A única resposta correta	33
3.6 Direito como integridade <i>versus</i> análise econômica do direito	33
3.6.1 Uma corte política e a discricionariedade dos juízes	35
3.6.2 Pragmatismo e a “atividade política tolerável” da corte	36
3.7 Considerações	38
<b>4. Considerações finais</b>	41
<b>REFERÊNCIAS</b>	46
<b>ANEXOS</b>	49
ANEXO A	49
ANEXO B	51



# 1. Introdução

O presente trabalho é resultado da inquietação e reflexão sobre o direito à saúde, surgidas na vivência profissional no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que estimularam o aprofundamento do estudo e da pesquisa acadêmica.

Diferentemente de outros países, o Brasil garantiu em sua Constituição de 1988 o direito à saúde a todos<sup>1</sup> (Constituição, arts. 6º e 196<sup>2</sup>). Este direito está assegurado na atual Constituição Federal dentre os direitos sociais fundamentais e detém a prerrogativa de aplicação imediata (Constituição, art. 5º, §1º<sup>3</sup>).

Ocorre que, mesmo após quase duas décadas da promulgação da atual Constituição Federal, o debate acerca dos direitos fundamentais e da eficácia social que estes alcançam na vida das pessoas continua bastante atual. Infelizmente, a falta de efetividade destes direitos segue ocupando a pauta dos grandes desafios para o Estado e a sociedade.

Não obstante os dispositivos constitucionais assegurarem o direito à saúde, este direito vem sendo sistematicamente violado. Neste sentido, pode-se afirmar que não é suficiente que os direitos individuais estejam positivados nas Constituições, já que a afirmação de direitos em cartas legais não significa que aquele direito positivado será devidamente cumprido e respeitado (MARTINS; FERRI, 2006).

Neste cenário, a judicialização das demandas relacionadas aos direitos fundamentais sociais e às políticas públicas vem cobrando uma atuação cada vez mais ousada dos aplicadores do Direito, mormente do Estado-juiz, que rotineiramente é incitado a se manifestar sobre questões outrora incomuns, como a alocação de recursos públicos, o controle judicial de atos da Administração na esfera dos direitos fundamentais sociais e, ainda, a garantia da proteção de direitos fundamentais sociais na esfera das relações particulares.

---

<sup>1</sup> Sobre este assunto, é interessante a anotação de SARLET e FIGUEIREDO (2010, p. 37): “(...) convém não olvidar que a saúde *também* constitui um dever fundamental. Tal afirmativa decorre, pelo menos no que se refere ao Estado, diretamente da dicção do texto constitucional, que, no artigo 196, prescreve que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, salientando a obrigação precipuamente estatal de proteção e efetivação desse direito” (com grifo no original). Cabe ressaltar, que o disposto na Carta Magna brasileira está em sintonia com o artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) de 1966<sup>1</sup>, o qual visa garantir a fruição do “mais alto nível possível de saúde”. Referido pacto foi regularmente ratificado e incorporado pelo Brasil.

<sup>2</sup> Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (*grifo nosso*).

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

<sup>3</sup> Art. 5º, §1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

No que toca ao direito à saúde, a chamada “judicialização da saúde” é hoje um dos temas principais em debate nas cortes e na academia, de modo que várias discussões e medidas vêm sendo promovidas, como as Audiências Públicas do Conselho Nacional de Justiça que culminaram na criação do Fórum Nacional para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, com a atribuição de “elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos” (Resolução 107/10 do CNJ<sup>4</sup>).

O foco do presente trabalho é analisar o argumento da reserva do possível, originário da formulação do jurista alemão Häberle no início dos anos de 1970 e que foi recepcionado pela jurisprudência da Corte Constitucional Alemã<sup>5</sup> e vem sendo, desde 2007, acolhido em alguns casos pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, como se exporá doravante.

É interessante a constatação de WANG de que todas as decisões do Supremo Tribunal Federal, até o ano de 2007, eram unânimes e concediam o medicamento ou o tratamento requeridos. O argumento da reserva do possível não era aceito, nem mesmo analisado de forma profunda. O autor afirma que até 2007, “em nenhuma decisão o STF admitiu a escassez de recursos como argumento aceitável para impedir a concessão de um medicamento ou tratamento médico” (WANG, 2009, p. 279).

As decisões proferidas na STA 91 e na SS 3.073, em 2007, ambas de relatoria da Ministra Ellen Gracie, foram as primeiras a determinar a não-obrigatoriedade do Estado em fornecer o medicamento pleiteado. Estas decisões foram pautadas na “limitação de recursos e na necessidade de racionalização dos gastos para o atendimento de um maior número de pessoas” (STA 91, Rel. Ellen Gracie, Dj de 05.03.2007; SS 3073, Rel. Min. Ellen Gracie, Dj de 15.02.2007).

O escopo deste trabalho é o de estudar o argumento da reserva do possível à luz das teorias de Robert Alexy e de Ronald Dworkin, as quais são duas teorias de grande prestígio no atual paradigma constitucional. O problema de pesquisa do presente estudo é analisar, à luz das mencionadas teorias, se é possível a construção de um processo decisório que seja constitucionalmente adequado e condizente com a expressão do “justo”, se é possível garantir

---

<sup>4</sup> CNJ. Resolução 107 de 6 de abril de 2010. Disponibilizada no DJ-e nº 61/2010, em 07/04/2010, pág. 9-10).

<sup>5</sup> Neste sentido, esclarece ARENHART: “É sempre lembrada, no particular, a decisão do caso *numerus clausus*, a respeito do direito de acesso às vagas em universidades alemãs (*‘numerus-clausus Entscheidung’*, BverfGE n. 33, 303 (333)), em que aquele tribunal considerou que as prestações que o cidadão pode exigir do Estado estão condicionadas aos limites do razoável. Desde então, entende a Corte Constitucional Federal alemã que os direitos sociais de prestação positiva somente são exigíveis do Estado segundo os limites da possibilidade, ou seja, “*daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade*”, correspondente, ao menos, ao *‘direito mínimo de existência’* – evidente concreção do princípio da dignidade da pessoa humana”.

a leitura deontológica da Constituição, bem como se é possível fazer uma leitura constitucionalmente adequada do embate argumentativo entre direito à saúde e o argumento da reserva do possível.

## **2. Uma análise do problema à luz da teoria do direito de Robert Alexy**

### **2.1 A vinculação entre direito e moral**

Para Alexy, a relação entre direito e moralidade é o problema central em uma discussão entorno do conceito de direito (FERRI, 2006, p. 16-17). A partir da crítica das teorias positivistas, as quais possuem como ponto em comum a separação entre direito e moral, Alexy elabora sua teoria do direito, que defende a vinculação entre os dois (ALEXY, 1997, p. 21-29).

Segundo Alexy, a tese correta, demonstrada pela perspectiva do participante<sup>6</sup>, em cujo centro se encontra o juiz, é a da vinculação (ALEXY, 1997, p. 41). Para ele, a perspectiva do participante confirma que a tese de separação entre direito e moral é inadequada. Isto não significa que não se pode adotar outra perspectiva. Conforme elucida Alexy, a perspectiva do participante é a que caracteriza essencialmente a ciência do direito e que, a partir desta perspectiva, os enunciados e teorias expostas, por mais abstratos que sejam, sempre estarão se referindo à solução de casos, ou seja, à fundamentação de juízos jurídicos concretos de dever-ser (ALEXY, 1993, p. 33).

Afirma Alexy que, somente em um sistema normativo em que não há uma pretensão de correção, é que é possível se confirmar a tese da separação entre direito e moral (ALEXY, 1997, p. 41). Sobre a tese da justiça como correção ele assim escreve:

A circunstância de que a justiça seja um tipo particular de correção tem profundas implicações para a teoria da justiça. Quem afirma que algo é justo afirma sempre e de algum modo, ao mesmo tempo, que é correto. E quem afirma que algo é correto subentende que é suscetível de ser fundamentado, justificado, mediante razões. A tese segundo a qual a justiça é correção, portanto, conduz diretamente à ideia da justiça como possibilidade de fundamentação, ou justificação, mediante razões. Isto

---

<sup>6</sup> Anota Alexy que a perspectiva do participante é adotada por “quien en un sistema jurídico participa en una argumentación acerca de lo que en este sistema jurídico está ordenado, prohibido y permitido o autorizado. En el centro de la perspectiva de lo participante se encuentra el juez. Cuando otros participantes, por ejemplo, juristas, abogados o ciudadanos interesados, exponen argumentos en pro o en contra de determinados contenidos del sistema jurídico, entonces, en última instancia, se refieren a cómo hubiera decidido o juez se hubiera querido decidir correctamente” (ALEXY, 1997, p. 31). Já a perspectiva do observador é adotada por quem não pergunta qual é a decisão correta em um determinado sistema jurídico, mas sim como de fato se decide no referido sistema (ALEXY, 1997, p. 31).

é, leva à luz uma relação interna entre o conceito de justiça e o de fundamentação (justificação)<sup>7</sup> (ALEXY, 2003b, pp. 163-164).

Existem três argumentos para se considerar a tese da vinculação como correta: o argumento da correção, o da injustiça e o dos princípios. O primeiro argumento é a base dos demais. Segundo ele, tanto as normas e decisões judiciais isoladas, como também os sistemas jurídicos como um todo, formulam necessariamente uma pretensão de correção. “Os sistemas normativos que não formulam explícita ou implicitamente esta pretensão não são sistemas jurídicos”<sup>8</sup> (ALEXY, 1997, p. 41). Os sistemas jurídicos que formulam esta pretensão, porém não a satisfazem, são sistemas jurídicos deficientes.

Exemplo de que a pretensão de correção está presente no sistema jurídico é a sanção de uma Constituição que vincula “necessariamente a pretensão de correção que, neste caso, é sobretudo, uma pretensão de justiça”<sup>9</sup> (ALEXY, 1997, p. 43). Também com uma sentença judicial se formula sempre uma pretensão de que o direito foi aplicado corretamente (ALEXY, 1997, p. 44). A pretensão de correção torna explícita a conexão conceitualmente necessária entre direito e moral (ALEXY, 1997, p. 44).

O segundo argumento, o argumento da injustiça, em última análise, centra-se na constatação de que um sistema normativo perde seu caráter jurídico se for extremamente injusto (ALEXY, 1997, p. 69). Este argumento aponta para uma situação excepcional: a da lei extremamente injusta (ALEXY, 1997, p. 73). O terceiro argumento, o dos princípios, centra-se na vida jurídica cotidiana (ALEXY, 1997, p. 73). O argumento dos princípios diz que o juiz está vinculado ao entendimento de que há uma vinculação necessária entre direito e moral (ALEXY, 1997, p. 74).

## 2.2 Distinção entre regras e princípios

A base do argumento da teoria de Alexy é constituída pela distinção entre regras e princípios. Segundo Alexy, as regras são “normas que, quando se cumpre a forma

---

<sup>7</sup> Tradução livre. No original: “La circunstancia de que la justicia sea un particular tipo de corrección tiene profundas implicaciones para la teoría de la justicia. Quien afirma que algo es justo afirma siempre y de algún modo, al mismo tiempo, que es correcto. Y quien afirma que algo es correcto sobreentiende que es susceptible de ser fundamentado, justificado, mediante razones. La tesis según la cual la justicia es corrección por tanto conduce directamente a la idea de la justicia como posibilidad de fundamentación, o justificación, mediante razones. Esto es, lleva a la luz de fundamentación (justificación)”.

<sup>8</sup> Tradução livre. No original: “Los sistemas normativos que no formulan explícita ou implícitamente esta pretensión no son sistemas jurídicos”.

<sup>9</sup> Tradução livre. No original: “necesariamente la pretensión de corrección que, en este caso, es, sobre todo, una pretensión de justicia”.

determinada, ordenam uma consequência jurídica definitiva, é dizer, quando cumprem determinadas condições, ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam definitivamente a fazer algo” <sup>10</sup> (ALEXY, 1997, p. 75). As regras podem também ser chamadas de mandatos definitivos e a subsunção é sua forma de aplicação característica (ALEXY, 1997, p. 75).

Já os princípios “são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível segundo as possibilidades fáticas e jurídicas” <sup>11</sup> (ALEXY, 1997, p. 75). Os princípios devem ser entendidos como mandatos de otimização, uma vez que eles podem ser realizados em diferentes graus. As possibilidades jurídicas de realização de um princípio são determinadas essencialmente pelos princípios opostos, o que significa que os princípios dependem e requerem a ponderação, que é, para Alexy, a forma característica de sua aplicação (ALEXY, 1997, p. 75).

A distinção entre regras e princípios e sua relação com a conexão entre direito e moral pode ser explicada por três teses: a tese da incorporação, a tese moral e a tese da correção. De acordo com a tese da incorporação, todo sistema jurídico minimamente desenvolvido contém princípios necessariamente (ALEXY, 1997, p. 75-76). Esta constatação é suficiente como base para a fundamentação de uma conexão necessária entre direito e moral por meio do argumento dos princípios (ALEXY, 1997, p. 78-79). Para a tese moral, a presença indispensável de princípios em um sistema jurídico conduz a uma conexão necessária entre o direito e moral (ALEXY, 1997, p. 79). A terceira tese, a tese da correção, é resultado da aplicação do argumento da correção dentro do marco do argumento dos princípios. A pretensão de correção vincula, necessariamente, a decisão a uma pretensão de correção moral. Desta forma, em sistemas jurídicos cujos princípios jurídico-positivos têm um conteúdo moralmente exigido, ou ao menos moralmente admissível, existe uma conexão necessária entre direito e moral correta (ALEXY, 1997, p. 81-82).

## **2.3 Direitos individuais e bens coletivos**

---

<sup>10</sup> Tradução livre. No original: “normas que, cuando se cumple el tipo hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir, cuando se cumplen determinadas condiciones, ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente o autorizan definitivamente hacer algo”.

<sup>11</sup> Tradução livre. No original: “son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fáticas y jurídicas”.

Nos sistemas normativos justificáveis existem tanto direitos individuais quanto bens coletivos<sup>12</sup> com força própria. A colisão entre ambos é demonstrada rotineiramente (ALEXY, 1997, p. 203). Para Alexy, na relação entre direitos individuais e bens coletivos, encontramos os problemas da redução e da ponderação. O primeiro resulta da relação entre meio e fim, a qual possibilita reduzir tanto direitos fundamentais em bens coletivos quanto bens coletivos em direitos fundamentais. Já o problema da ponderação surge quando há uma colisão entre direitos individuais e bens coletivos em que este tipo de redução não é aceitável (ALEXY, 1997, p. 200).

É conceitualmente possível falar-se em uma redução completa de direitos individuais em bens coletivos, bem como de bens coletivos em direitos individuais. Todavia, os direitos individuais não são reduzíveis a bens coletivos por meio de uma relação de meio e fim, uma vez que há razões que “expressam a ideia de que o indivíduo deve ser levado a sério como indivíduo” (ALEXY, 1997, p. 200).

A solução do problema da colisão entre direitos individuais e bens coletivos conduz à questão da ponderação. Somente pode-se falar em colisão entre direitos individuais e bens coletivos na medida em que estes tenham caráter de princípios, os quais devem ser entendidos como mandatos de otimização. Caso tenham caráter de regras, só é possível falar-se em conflito de regras, que é totalmente diferente de uma colisão de princípios (ALEXY, 1997, p. 204). Um conflito de regras deve ser solucionado a partir da introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras ou declarando alguma destas inválida (ALEXY, 1993, p. 88).

Enquanto mandatos de otimização, os princípios requerem uma realização que seja a mais ampla possível de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas (ALEXY, 1997, p. 205). Já as regras são mandatos definitivos, de forma que sempre podem ser realizadas plenamente ou não<sup>13</sup> (ALEXY, 1997, p. 185).

Para Alexy, não existem princípios absolutos em um ordenamento jurídico que reconhece direitos fundamentais. Quando um princípio se refere a um bem coletivo e é absoluto, as normas de direito fundamental não podem lhe fixar nenhum limite jurídico. Por outro lado, quando um princípio absoluto se refere a um direito individual, sua falta de limitação jurídica conduz à conclusão de que, em caso de colisão, os direitos de todos os

---

<sup>12</sup> Bem coletivo é aquilo que pertence a uma classe de indivíduos, mas que não pode ser dividido (conceitualmente, faticamente ou juridicamente) em partes e não pode ser outorgado aos indivíduos. Estes bens possuem um caráter não distributivo (ALEXY, 1997, p. 187).

<sup>13</sup> O entendimento de Alexy que os direitos possuem um caráter de otimização leva ao fato de que, quando os direitos entram em colisão com bens coletivos ou com direitos de outros, os direitos podem ser restringidos (ALEXY, 1997, p. 185).

indivíduos terão que ceder frente ao direito de cada indivíduo fundamentado pelo princípio (ALEXY, 1993, p. 106).

A colisão de princípios, então, deve ser solucionada a partir da aplicação da lei da ponderação, que consiste em sopesar princípios levando em conta os custos de realização possíveis do outro princípio. A lei da ponderação disciplina que “quanto maior é o grau de descumprimento ou de afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”<sup>14</sup> (ALEXY, 1997, p. 206).

Alexy aduz que a estrutura da ponderação obriga a formulação e fundamentação de enunciados sobre o grau de não realização e afetação como também enunciados sobre o grau de importância. A argumentação é conduzida de uma forma tal que não seria possível sem a lei ponderação. Esta estrutura argumentativa é neutra, pois respeita seu conteúdo e, neste sentido, tem caráter formal (ALEXY, 1997, p. 206).

Cabe fazer aqui uma breve menção sobre a teoria da fundamentação de normas defendida por Alexy. No cerne da teoria da justiça de Alexy está sua teoria do discurso, que defende que é possível argumentar de forma racional em matéria de justiça. A teoria do discurso é uma “teoria processual de correção de normas” (ALEXY, 2003b, p. 165). Uma norma será correta somente se representar o resultado de certo procedimento próprio do discurso prático racional<sup>15</sup> (ALEXY, 2003b, pp. 164-166). Estes procedimentos expressam as ideias de liberdade e igualdade entre as pessoas no plano da argumentação. A liberdade e a igualdade garantem que todos os argumentos sejam levados em consideração e que ninguém seja excluído de antemão. Quando observados os procedimentos, e ainda, quando os argumentos são levados à crítica intersubjetiva, eles assumem as características da neutralidade e da objetividade, de forma que, juntamente com a liberdade e a igualdade das pessoas, a estrutura da argumentação passa a conter a estrutura da justiça<sup>16</sup> (ALEXY, 2003b, p. 166).

---

<sup>14</sup> Tradução livre. No original: “cuanto mayor es el grado de incumplimiento o de afectación de um principio, tanto mayor tiene que ser la importancia del cumplimiento del outro”.

<sup>15</sup> Segundo Alexy, um discurso é racional na medida em que satisfaz as “condições da argumentação prática racional”, as quais podem ser divididas em dois grupos: as condições que fazem referência às regras válidas para toda argumentação prática racional, independentemente da teoria do discurso, e as regras atinentes ao modo particular do discurso. Entre as condições referentes às regras válidas para toda a argumentação prática racional podemos citar a não contradição, a universalidade (uso coerente dos predicados utilizados), a clareza linguística e conceitual, a verdade empírica, a atenção pelas implicações e a ponderação. Entre as condições relacionadas ao modo particular do discurso se destacam as seguintes: quem pode falar pode tomar parte no discurso; todos podem problematizar qualquer assertiva; todos podem introduzir qualquer afirmação no discurso; todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades; não se pode impedir nenhum orador de tomar parte no discurso mediante coerção interna ou externa ao discurso. (ALEXY, 2003b, pp. 165-166).

<sup>16</sup> Para Alexy, o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral e não uma modalidade de discurso moral. O autor menciona três motivos para demonstrar sua “tese do caso especial”. Primeiramente, assim como a argumentação prática geral, a discussão jurídica se refere ao que é obrigatório, proibido ou permitido, ou seja, a questões práticas. O segundo fundamento consiste em que há uma pretensão de correção no discurso jurídico, assim como na argumentação prática. Por fim, a argumentação jurídica é uma espécie de caso especial, uma vez que sua pretensão de correção é distinta da do discurso prático geral: não se refere ao que é absolutamente correto, mas sim ao que é correto com base no sistema jurídico válido e vigente (ALEXY, 1999, pp. 24-25).



Na relação entre direitos individuais e bens coletivos há uma precedência geral *prima facie* em favor dos direitos individuais. Esta precedência *prima facie* se expressa em uma carga de argumentação em favor dos direitos individuais em relação aos bens coletivos. Esta precedência deve ocorrer em uma ordem social que leva os indivíduos a sério (ALEXY, 1997, p. 207).

## 2.4 Teoria dos direitos fundamentais

O objeto da teoria dos direitos fundamentais de Alexy não é a definição do que são direitos fundamentais e qual sua fundamentação metafísica, mas sim uma “teoria jurídica geral dos direitos fundamentais” (ALEXY, 1993, p. 34-35; FERRI, 2006, p. 59).

A teoria proposta por Alexy “não procura, a princípio, explicar o papel que exercem os direitos fundamentais nas teorias do direito contemporâneas, mas tornar claro o funcionamento destes nas constituições” (FERRI, 2006, p. 60). Sua preocupação está em acessar a racionalidade da fundamentação dos juízos de dever ser dos direitos fundamentais concretos a partir da revelação da estrutura dos direitos fundamentais e das normas sobre direitos fundamentais (ALEXY, 1993, p. 39-41).

As normas de direitos fundamentais não se restringem apenas àquelas expressadas diretamente por enunciados da Constituição. De acordo com Alexy, existem normas de direito fundamentais de dois grupos distintos: aquelas que são diretamente estatuídas pelas Constituição e as normas a ela adscritas. A discussão acerca dos direitos fundamentais gira, em grande parte, em torno da polêmica sobre quais normas estão adscritas às normas de direito fundamental estatuídas diretamente pelo texto constitucional (ALEXY, 1993, p. 70).

Uma norma adscrita será válida como uma norma de direito fundamental “se para sua adscrição a uma norma de direito fundamental estatuída diretamente for possível dar uma fundamentação jusfundamental correta”<sup>17</sup> (ALEXY, 1993, p. 71). Desta forma, uma norma adscrita será uma norma de direito fundamental se sua argumentação jusfundamental for correta (ALEXY, 1993, p. 71).

Todavia, o conceito de norma de direito fundamental que aponta ao conceito da fundamentação correta não diz respeito apenas às normas adscritas. Todas as

---

<sup>17</sup> Tradução livre. No original: “si para su adscripción a una norma de derecho fundamental estatuida directamente es possible dar una fundamentación iusfundamental correcta”.

normas de direito fundamental, sejam elas diretamente estatuídas ou adscritas, são passíveis de uma fundamentação jusfundamental correta. Ocorre que para as normas de direito fundamental diretamente estatuídas “basta para sua fundamentação jusfundamental correta, uma referência ao texto da Constituição”<sup>18</sup> (ALEXY, 1993, p. 73).

Para a teoria dos direitos fundamentais, a distinção entre regras e princípios é de suma importância. Segundo Alexy, é “um dos pilares do edifício dos direitos fundamentais” (ALEXY, 1993, p. 82). Esta distinção “constitui a base da fundamentação jusfundamental e é uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática de direitos fundamentais”<sup>19</sup> (ALEXY, 1993, p. 81). Esta diferenciação é o ponto de partida para responder à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais.

## 2.5 Normatividade de regras e princípios

Retomando a conceituação de regras e princípios, para Alexy a distinção entre regras e princípios diz respeito à diferenciação entre dois tipos de normas. Ambos são espécies do gênero norma, uma vez que dizem o que deve ser. Tanto as regras quanto os princípios podem ser formulados a partir de expressões deônticas que se referem à ordens, permissões ou proibições e ambos são razões para juízos concretos de dever ser (ALEXY, 1993, p. 83).

As regras e os princípios devem ser entendidos como razões para as normas: os princípios são sempre razões *prima facie*; já as regras são razões definitivas (ALEXY, 1993, p. 101-102). Quando uma regra é uma razão para um juízo concreto de dever ser, então esta razão será definitiva, de forma que, se este juízo concreto tiver como conteúdo a afirmação de que a alguém corresponde um direito, então este direito será definitivo. Por outro lado, os princípios são sempre razões *prima facie*, de forma que estabelecem somente direitos *prima facie* (ALEXY, 1993, p. 103).

Uma decisão judicial pressupõe a determinação de direitos do tipo definitivo. Para se chegar a um direito definitivo a partir de um direito *prima facie*, deve-se observar a relação de preferência em observância à lei de colisão. Esta relação de preferência produzirá o estabelecimento de uma regra. Em síntese, pode-se dizer que, como um princípio é uma razão

---

<sup>18</sup> Tradução livre. No original “basta para su fundamentación iusfundamental correcta, por lo general, una referencia al texto de la Constitución”.

<sup>19</sup> Tradução livre. No original: “constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales”.

para uma juízo concreto de dever ser, então este princípio é uma razão para uma regra que representa uma razão definitiva para este juízo concreto de dever ser (ALEXY, 1993, p. 103).

## 2.6 A máxima da proporcionalidade

Para Alexy, a ponderação é um dos temas centrais no debate atual sobre a interpretação dos direitos fundamentais, até mesmo porque esta técnica ocupa um papel de destaque em muitos tribunais constitucionais (ALEXY, 2005, p. 572).

A necessidade de se estabelecer uma máxima da proporcionalidade está intrinsecamente relacionada com a própria definição de princípios estabelecida por Alexy (FERRI, 2006, p. 73). Alexy defende que, sempre que princípios opostos entrarem em colisão, a ponderação, que consiste basicamente na otimização relativa a princípios contrapostos, deverá ser realizada (ALEXY, 1993, p. 112). “A colisão de princípios só pode ser resolvida pelo balanceamento” (ALEXY, 2003a, p. 4).

A máxima da proporcionalidade, também denominada de “lei da colisão”, abrange três subprincípios: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, também chamada de ponderação. Para Alexy, a máxima da proporcionalidade, “com suas três máximas parciais de adequação, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito se infere logicamente do caráter de princípio, é dizer, é dedutível dele” <sup>20</sup> (ALEXY, 1993, p. 111-112). A interpretação dos direitos fundamentais à luz do princípio da proporcionalidade requer que estes sejam tratados como requisitos de otimização, ou seja, como princípios, que devem ser realizados na maior medida possível de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas (ALEXY, 2005, p. 573).

Os subprincípios da adequação e da necessidade “são responsáveis pelas análises dos princípios com referência à questão das possibilidades fáticas”, de forma que expressam a ideia do Ótimo de Pareto<sup>21</sup> (FERRI, 2006, p. 74). Já o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito tem a função de analisar as possibilidades jurídicas dos princípios e pode ser

---

<sup>20</sup> Tradução livre. No original: “con sus tres máximas parciales de la adecuación, necesidad (postulado del medio más benigno) y de la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, es deducible de él”.

<sup>21</sup> O ótimo de Pareto significa que uma afetação de recursos é preferível a qualquer outra se permitir melhorar o bem-estar de um indivíduo, sem diminuir o bem-estar de outros indivíduos pertencentes à sociedade. Assim, a partir do momento em que não seja possível modificar essa afetação de recursos no sentido de melhorar o bem-estar de um indivíduo, então essa afetação constitui um ótimo de Pareto.

expresso por meio da regra de quanto maior é o grau de insatisfação de um princípio, maior deve ser a importância de satisfação do outro (FERRI, 2006, p. 74; ALEXY, 2005, p. 573).

A máxima da proporcionalidade pode ser dividida em três estágios. No primeiro estágio deve-se estabelecer o grau de afetação do primeiro princípio. No segundo estágio, a importância de satisfação do princípio concorrente. Finalmente, no terceiro estágio, é verificado se a importância em satisfazer o segundo princípio justifica a afetação do primeiro (ALEXY, 2005, p. 574).

## 2.7 Críticas

Muitas críticas foram e continuam sendo feitas contra o conceito de ponderação de princípios. A partir da tese defendida por Habermas de que não existem padrões racionais para ponderar, pode-se rejeitar a ideia de que a ponderação é um procedimento racional e aduzir-se que é uma figura retórica que permite uma subjetividade ilimitada (ALEXY, 2005, p. 573).

Habermas sustenta que a ponderação retira o poder normativo dos direitos constitucionais. As normas e princípios, que deveriam funcionar como uma “muralla de fogo”, perdem seu caráter deontológico em uma argumentação na qual quaisquer motivos ou razões podem assumir o caráter de argumentos de diretrizes políticas (*policy*) (HABERMAS, 1996, p. 256, p. 4; ATIENZA, 2001, p. 14-16).

Para Habermas, o método da ponderação defendido por Alexy não constituiria um método que permite um controle racional, de forma que caberia ao sujeito ponderar de forma arbitrária, a partir de padrões e hierarquia costumeiros, qual princípio deve prevalecer sobre outro. A ponderação, assim, abriria o campo para o subjetivismo, decisionismo e discricionariedade judiciais (HABERMAS, 1998, p. 430).

Ademais, Habermas defende que o “sopesamento de valores” produz uma resposta quanto ao resultado, mas que não é possível justificar este resultado. A ponderação retira as decisões judiciais do reino caracterizado por conceitos como os de certo e errado, de correção e incorreção, do domínio da justificação e as desloca para o reino caracterizado pela discricionariedade e por conceitos como adequado e inadequado (HABERMAS, 1998, p. 430).

Alexy rebate estas críticas afirmando que a ponderação é um procedimento racional que, em cada caso, conduz a um resultado. O modelo da ponderação como um todo proporciona um critério ao vincular a lei da ponderação com a teoria da argumentação jurídica racional, a qual reivindica a correção jurídica por meio da justificação racional das afirmações (ALEXY, 1993, p. 157; ALEXY, 2001, p. 27). A argumentação é a “expressão pública da reflexão” (ALEXY, 2003a, p. 10).

Quanto à crítica feita por Habermas de que o balanceamento conduz ao colapso da “muralha de fogo”, Alexy defende que os direitos constitucionais possuem um centro de resistência que ganha força na medida em que as interferências aumentam (ALEXY, 2003a, p. 10-11).

Alexy tenta exemplificar suas afirmações por meio do controle de constitucionalidade, alegando que este é um procedimento necessariamente conectado à busca de correção e justiça, de forma que se a ponderação não fosse um procedimento compatível com a correção, a objetividade e a justificação, então esta técnica não teria espaço no direito constitucional (ALEXY, 2005, p. 574).

Ao determinar alguma medida prestacional do Estado em relação ao direito à saúde, como por exemplo, a internação em leito de Unidade de Terapia Intensiva (UTI) ou o fornecimento de medicamentos, uma decisão judicial pode estar determinando a continuação da vida de alguma pessoa e, ao mesmo tempo, pode estar comprometendo o atendimento de outras tantas. É inegável que as decisões judiciais que ordenam prestações positivas ao Estado geram custos ao governo. Neste sentido escreveram SARLET e FIGUEIREDO:

Justamente pelo fato de os direitos sociais na sua condição (não exclusiva!) de direitos a prestações terem por objeto prestações estatais vinculadas diretamente à destinação, distribuição (e redistribuição), bem como à criação de bens materiais, aponta-se, com propriedade, para sua dimensão economicamente relevante (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, P. 27).

Diante dos casos judiciais que pugnam pela efetivação do direito à saúde, o Estado, por vezes, tenta se escusar de seu dever por meio de argumentos consequencialistas, como as alegações sobre os “custos dos direitos”, a “escassez de recursos” e a “reserva do possível”, em cujo cerne está a preocupação com os efeitos econômicos da decisão nas contas públicas.

A reserva do possível, argumento analisado no presente trabalho, exprime a ideia de que “os direitos sociais a prestações materiais estariam sob reserva das capacidades financeiras do Estado, se e na medida em que consistem em direito a prestações financiadas pelos cofres públicos” (CANOTILHO *apud* FIGUEIREDO, 2007, p. 131-132). Neste

diapásão, escreveram SARLET e FIGUEIREDO que o argumento é geralmente utilizado como um limitador da atuação estatal frente à prestação de ações positivas e traduz:

(...) a ideia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público (KRELL *apud* SARLET, FIGUEIREDO, 2010, p.29).

Ainda que estejamos vivenciando um contexto de “judicialização da política”, figura-se plenamente exigível a prestação do Estado em efetivar os direitos sociais, mesmo que esta atividade seja característica do âmbito das políticas públicas (SARLET, FIGUEIREDO, 2010, p. 35-36). Segundo Oswaldo Canela Junior, “cabe ao Poder Judiciário investigar o fundamento de todos os atos estatais a partir dos objetivos fundamentais inseridos na Constituição (art. 3º da CF brasileira)” (CANELA JUNIOR, 2011, p. 89). Ainda neste sentido, o autor anota:

Diante dessa nova ordem, denominada de “judicialização da política”, contando com o juiz como co-autor das políticas públicas, fica claro que sempre que os demais poderes comprometerem a integridade e a eficácia dos fins do Estado – incluindo as dos direitos fundamentais, individuais ou coletivos – o Poder Judiciário deve atuar na sua função de controle (CANELA JUNIOR, 2011, p. 89).

Ao aceitar o argumento da reserva do possível como um argumento capaz de limitar a proteção do direito à saúde, entende-se, à luz da teoria alexyana, que tanto a reserva do possível, quanto o direito à saúde são princípios e, por isso, quando entram em colisão, devem ser realizados na maior medida possível de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Quando princípios estão em conflito, deve o julgador realizar a ponderação entre ambos a fim de encontrar a reposta para o caso concreto.

Pela técnica da ponderação, a reserva do possível pode significar um empecilho na esfera das “possibilidades fáticas” capaz de limitar a plena efetivação do direito à saúde caso demonstrada a incapacidade econômica do Estado. Neste diapásão escreveram SARLET e FIGUEIREDO:

Já há tempo se averbou que o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de tal sorte que a limitação dos recursos constitui, segundo alguns, um limite fático à efetivação desses direitos” (BRUNNER *apud* SARLET e FIGUEIREDO, p. 28, 2010).

Ainda neste sentido escreveu WANG:

(...) alguns teóricos entendem que há um limite fático à exigibilidade judicial dos direitos sociais – que é a sua dependência da capacidade financeira e orçamentária –, e que não pode ser ignorado pelas decisões judiciais. Este limite fático é expresso em alguns trabalhos e decisões jurisprudenciais pelo termo “reserva do possível”, expressão que aparece na jurisprudência da Corte Constitucional alemã e em outros autores como Robert Alexy definida como “aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade” (WANG, 2009, p. 276-277).

Outras constatações podem ser feitas à luz da teoria de Alexy. O juiz é o participante central – na verdade, o único participante – na argumentação que busca determinar o que é o direito. A partir do método, Alexy acredita ser possível afastar da decisão uma moralidade subjetiva ou do puro decisionismo do juiz. O autor se esforça para demonstrar que, a partir do método da argumentação jurídica, o juiz produzirá a resposta justa.

O empenho alexyano de fugir do decisionismo subjetivista não o afasta deste problema. O juiz é o único participante, de forma que ele está sozinho na tarefa de determinar o que é o direito. Como quem participa é somente o juiz, a crítica à decisão judicial fica inviabilizada. A única crítica possível é a metodológica.

Alexy ignora que o método nem sempre levará a uma resposta justa. A resposta pode ser metodologicamente correta, mas não necessariamente justa, uma vez que o método não produz verdade, mas apenas resultados. Não há um vínculo suprasubjetivo entre método e verdade, já que as verdades são construídas hermeneuticamente. O que Alexy propõe como teoria da argumentação é profundamente irracional. Ele cria um exercício de lógica cartesiana para tentar mostrar que seu método é racional.

Ademais, a teoria alexyana permite afirmar que a força normativa da Constituição depende tão somente da argumentação, de forma que um direito fundamental, como o direito à saúde, pode ser restringido em favor do orçamento, que é basicamente uma diretriz política.

Outro ponto nevrálgico da teoria alexyana é a impossibilidade da separação entre direito e política. É possível se obter respostas políticas a questões jurídicas se as decisões observarem o método. Um argumento econômico, como o da reserva do possível pode ser aceito como um argumento de maior peso do que um argumento principiológico como o do direito à saúde.

### **3. Uma análise do problema à luz da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin**

#### **3.1 Argumentos de princípio e argumentos de política**

No cerne da teoria de Ronald Dworkin está a pergunta se os juízes devem fazer julgamentos políticos. Sua preocupação está em vincular problemas práticos à teoria filosófica. Dworkin rejeita a popular opinião de que as convicções políticas não devem ter papel algum na tomada de decisões e de que direito e política pertencem a mundos totalmente diferentes e independentes. Porém, ele também refuta o ponto de vista oposto que afirma que lei e política são exatamente a mesma coisa e que afirma que os juízes, quando decidem casos constitucionais difíceis, estão simplesmente expressando sua convicção política e pessoal como se estivessem legislando (DWORKIN, 2000, p. 2).

Dworkin faz a distinção entre dois tipos diferentes de argumentos que justificam uma decisão: os argumentos de política (*policy*) e os argumentos de princípios. Os argumentos de política são baseados em diretrizes políticas e tentam demonstrar que a comunidade estaria melhor se um determinado programa fosse tido como uma meta. São argumentos baseados em objetivos. Já os argumentos de princípio reivindicam que um determinado programa seja mantido ou abandonado em virtude do impacto em determinadas pessoas, mesmo que a comunidade, de alguma forma, seja prejudicada como consequência desta decisão. Os argumentos de princípio são baseados em direitos. Em síntese, os argumentos de princípios são baseados nos direitos individuais dos cidadãos, enquanto que os argumentos de política, na preocupação em promover alguma concepção de bem-estar social ou de interesse público. Os princípios são proposições que descrevem direitos, já as políticas descrevem objetivos. (DWORKIN, 2000, p. 2-3). Assim esclarece Dworkin:

Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. (...) Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo (DWORKIN, 2002, p. 129).



O ponto de vista defendido por alguns de que direito e política são a mesma coisa ignora por completo a distinção retromencionada. Dworkin aduz que devemos aceitar o fato de que ao julgar casos constitucionais, a corte faz julgamentos políticos<sup>22</sup>, no sentido de que os julgadores aceitam e defendem que um argumento é correto. Todavia, a questão está em quais argumentos são bons argumentos para fundamentar uma decisão. (DWORKIN, 2000, p. 69).

O autor defende que os juízes devem pautar julgamentos em argumentos de princípios e não em argumentos de política – argumentos sobre quais direitos as pessoas têm sob a égide do nosso sistema constitucional em detrimento de decisões pautadas em como o bem estar geral da comunidade é mais bem promovido. Ainda que uma lei tenha sido gerada por uma política, a decisão judicial que a aplica ao caso é justificável por um argumento de princípio. Este tipo de decisão é atingível em uma sociedade pautada pelo princípio da igualdade, que disciplina que todas as pessoas devem ser tratadas com igual consideração e respeito (DWORKIN, 2000, p. 11, 69).

As decisões que tratam sobre políticas devem ser elaboradas por meio do processo político, o qual busca expressar os diversos interesses que estão em jogo. Dworkin aduz que a democracia representativa, neste aspecto, parece funcionar melhor do que um sistema que permite que os juízes que não são eleitos e que “não estão submetidos a lobistas, grupos de pressão ou a cobranças do eleitorado por correspondência, estabeleçam compromissos entre os interesses concorrente em suas salas de audiências” (DWORKIN, 2002, p. 133).

Os argumentos de princípio são compatíveis com os princípios democráticos. O estado de direito, na concepção defendida pelo autor, enriquece a democracia ao adicionar um fórum independente de princípios, o qual confirma que a justiça é sempre uma questão de direito individual e não uma questão independente sobre bem público (DWORKIN, 2000, p. 32).

Ele supõe que uma sociedade que admite uma concepção de estado de direito (*rule of law the “rights” conception*) pode ter que pagar um preço, certamente na eficiência e possivelmente no espírito comunitário, uma vez que a preocupação com o direito supostamente os afetará. Todavia, esta sociedade fez uma promessa a cada indivíduo e o valor desta promessa parece valer a pena. Ela encoraja cada indivíduo a supor que suas relações com outros indivíduos e com seu governo são questões de justiça, e isto os encoraja a discutir,

---

<sup>22</sup> Dworkin repudia a ideia de que é possível realizar um julgamento não político por meio da técnica de interpretação que busca encontrar a intenção do legislador. O autor defende que não é possível descobrir esta intenção sem antes se adotar um concepção sobre a intenção da Constituição, que revela justamente a realização de uma decisão de moralidade política, a qual se estava tentando evitar (DWORKIN, 2000, p. 56).

enquanto uma comunidade de justiça, como estas relações serão desenvolvidas. A promessa garante um fórum, no qual as queixas sobre o que supostamente lhes pertence, seja seriamente considerado na sua demanda. Sobre o papel que o Direito deve ocupar nesta sociedade escreveu o autor:

Temos uma instituição que leva algumas questões do campo de batalha da política de poder para o fórum do princípio. Ela oferece a promessa de que os conflitos mais profundos, mais fundamentais, entre o indivíduo e a sociedade irão, algum dia, em algum lugar, tornar-se finalmente questões de justiça. Não chamo isso de religião nem de profecia. Chamo isso de Direito<sup>23</sup> (DWORKIN, 2000, P. 71).

### 3.2 Direitos como trunfos

A noção de direitos como trunfos contra a vontade da maioria e contra cálculos utilitaristas irrestritos é central na teoria de Dworkin. A teoria constitucional sobre a qual repousa o nosso ordenamento não é simplesmente uma teoria que respalda toda e qualquer decisão majoritária. A Constituição visa garantir a proteção dos indivíduos e minorias contra certas decisões que a maioria dos cidadãos possa querer tomar, ainda que esta maioria aja em conformidade com o chamado “bem estar geral” ou “interesse comum”. As decisões contra a maioria não podem ser tomadas por ela mesma por uma questão de justiça. Segundo o constitucionalismo, a vontade da maioria pode ser restringida em detrimento da proteção dos direitos individuais (DWORKIN, 1978, p. 133-142).

Os direitos como trunfos permitem que os indivíduos resistam às decisões que os atingem. “O melhor argumento para estes direitos é que eles são necessários para proteger a igual consideração e respeito”<sup>24</sup> (DWORKIN, 2000, p. 198). Neste sentido escreveu Dworkin:

Os direitos individuais são trunfos políticos detidos pelos indivíduos. Os indivíduos têm direitos quando, por algum motivo, um objetivo coletivo não é uma justificativa suficiente para negar-lhes o que eles desejam, como indivíduos, de ter ou de fazer, ou não uma justificativa suficiente para impor alguma perda ou dano a eles. Que a caracterização de um direito, é claro, formal no sentido de que ele não indica o que as pessoas têm direitos ou garantir, de fato, que eles têm qualquer, mas não supõe que os direitos têm algum caractere especial metafísico, e a teoria defendida nestes

---

23 Tradução livre. No original: “We have an institution that call some issues from the battleground of power politics to the forum of principles. It holds out the promise that the deepest, most fundamental conflicts between individual and society will once, someplace, finally become questions of justice. I do not call that religion or prophecy. I call it law.

24 Tradução livre. No original: “The ultimate justification for these rights is that they are necessary to protect equal concern and respect(...)”.

ensaios, portanto, afasta teorias mais antigas de direitos que se baseiam em suposições<sup>25</sup> (DWORKIN, 1978, p. xi-xii).

Esta noção pode ser visualizada por meio de um exemplo fictício de uma lei baseada em preconceitos raciais ou sexuais. Esta lei seria inconstitucional, não porque ela é imoral, mas porque qualquer lei que é justificada apenas por considerar a vontade da maioria sobre quais cidadãos são merecedores de consideração e respeito, ou ainda, sobre qual tipo de vida devem levar os cidadãos, nega a igualdade, considerada como igual consideração e respeito (DWORKIN, 2000, p. 68).

A atuação justa dos governos (*fair play*) deve ser lastreada por dois princípios: o princípio da igualdade, que estabelece que qualquer decisão deve ser guiada pelo tratamento igual de todos os cidadãos, ou seja, deve considerá-los como detentores de igual consideração e respeito, e o princípio da equidade no caso concreto (*fairness*), que se refere ao compromisso de se respeitar e sujeitar à acordos previamente estipulados (DWORKIN, 2000, p. 84-85).

### 3.3 Igualdade: a virtude soberana

Uma sociedade desejável, segundo Dworkin, é uma sociedade que preza por um Estado de Direito pautado na concepção de direitos como um ideal político. Uma sociedade devota desta concepção de Estado de Direito certamente paga um preço alto à eficiência, porém, esta sociedade faz uma promessa valorosa com cada indivíduo: a partir desta promessa, cada indivíduo supõe que suas relações com outros cidadãos e com seu governo são assuntos de justiça, e isso os encoraja a discutir, como uma comunidade, como estas relações serão justas (DWORKIN, 2000, p. 32).

A partir da noção liberal de igualdade, que se preocupa em fornecer a todos os indivíduos os meios para viver a vida a partir da livre escolha e de forma valorosa, é possível construir uma sociedade em que as pessoas se preocupam com a comunidade e com o futuro por sentirem parte de ambos. Esta noção de igualdade deve permitir diferenças, quais sejam as

---

<sup>25</sup> Tradução livre. No original: "Individual rights are political trumps held by individuals. Individuals have rights when, for some reason, a collective goal is not a sufficient justification for denying them what they wish, as individuals, to have or to do, or not a sufficient justification for imposing some loss or injury upon them. That characterization of a right is, of course, formal in the sense that it does not indicate what rights people have or guarantee, indeed, that they have any. But it does not suppose that rights have some special metaphysical character, and the theory defended in these essays therefore departs from older theories of rights that do rely on that supposition".

diferenças pessoais sobre qual trabalho escolher, quais riscos correr e que tipo de vida levar (DWORKIN, 2000, pp. 212-219).

A concepção liberal da igualdade é o cerne do liberalismo (DWORKIN, 2000, p. 183). Enquanto os conservadores tendem a favorecer a prosperidade geral, a segurança e outros objetivos, os liberais tendem a privilegiar a igualdade. A igualdade, nestes termos, é a igualdade de consideração e respeito pelos governantes para com os cidadãos. Mas o que isso quer dizer? Dworkin aduz que na concepção liberal de igualdade, o governo deve ser neutro no que toca à questão da “vida boa” e as decisões políticas devem ser, tanto quanto possível, independente de qualquer concepção individual do que é a “vida boa” e do que é valioso para esta vida (DWORKIN, 2000, p. 191).

O liberalismo defende que a moral é privada e não deve ser imposta pelas leis. O governo não pode impor o que ele ou a maioria acha correto. Como exemplos de assuntos afetos à moral privada e que, por isso, não deveriam ser impostos lei, Dworkin cita a opção sexual e o aborto. O liberalismo baseado na igualdade não impõe sacrifícios ou limites a nenhum cidadão, em razão do argumento de que nenhum cidadão deve aceitar o que fere sua noção de igual valor (DWORKIN, 2000, pp. 205-206).

Nesse sentido, a igualdade na concepção liberal deve ser compreendida a partir da consideração, entendida como capacidade dos seres humanos de vivenciarem o sofrimento e a frustração, e a partir do respeito, o qual requer que os seres humanos sejam vistos como capazes de gerir sua própria vida. Para que a igualdade de consideração e respeito seja alcançada, o governo não pode distribuir bens e oportunidades de forma desigual, de forma que alguns cidadãos tenham mais em virtude de serem merecedores de mais consideração (DWORKIN, 1978, p. 272-273).

As pessoas não devem simplesmente desejar a igualdade, uma vez que têm direito a ela. A partir da noção anti-utilitarista do direito, Dworkin afirma que se alguém possui um direito, é errado que o governo negue este direito, ainda que a negação seja baseada no interesse geral da comunidade. “Se quisermos defender os direitos individuais (...), então temos que descobrir algo além da utilidade como argumento para estes direitos”. (DWORKIN, 1978, p. 271). A concepção liberal da igualdade, conforme exposta, limita a extensão de utilização dos argumentos lastrados em diretrizes políticas (*policies*). Este é o cerne da teoria do direito como integridade (DWORKIN, 1978, pp. 268-275).

### **3.4 Direito como integridade**

A integridade para Dworkin é uma virtude que se expressa na habilidade de agir de forma coerente com princípios, ainda que não haja concordância sobre o que é agir de forma justa e equânime. A integridade é um informativo *fraco* do comportamento das pessoas, uma vez que não requer que as pessoas ajam em consonância com o que achamos moralmente correto. A integridade requer, apenas, que o comportamento das pessoas seja informado pelas noções de fraternidade e igual consideração e respeito. Ao agir de acordo com a integridade, é possível reconhecer que as pessoas assentem com os princípios da justiça e equidade, mesmo que estas concepções não sejam compartilhadas. Esta postura é consequência do respeito empregado no tratamento das pessoas e, desta forma, é um “pré-requisito da civilização” (DWORKIN, 1998, p. 166). Neste sentido escreveu Dworkin:

Integridade (...) insiste que cada cidadão deve aceitar as demandas sobre ele, e pode fazer demandas contra os outros, que compartilhem e ampliem a dimensão moral de qualquer decisão política explícita. Integridade, portanto, funde a vida individual e política dos cidadãos: ela pede aos bons cidadãos, que decidem como tratar seu vizinho quando seus interesses estiverem em conflito, para interpretar o regime comum de justiça com o qual eles estão comprometidos apenas em virtude da cidadania<sup>26</sup> (DWORKIN, 1998, pp. 189-190).

“A integridade requer que os parâmetros públicos da comunidade sejam feitos e vistos, o tanto quanto possível, para expressar um único e coerente esquema de justiça e equidade” (DWORKIN, 1998, p. 219). O direito como integridade exige que os juízes identifiquem os direitos e deveres legais a partir do pressuposto de que foram criados pela comunidade personificada como uma única autora, que expressa, de forma coerente, uma concepção de justiça e equidade. Segundo este entendimento, as proposições jurídicas serão verdadeiras se oferecerem a melhor “interpretação construtiva da prática de uma comunidade” a partir dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal (DWORKIN, 2007, p. 272).

Ao julgarem novos casos, os juízes devem aplicar estes princípios, de forma que a situação de cada pessoa em cada caso seja justa e equitativa frente às mesmas normas. Esta forma de julgar revela a ambição do direito como integridade de que a comunidade é uma comunidade de princípios (DWORKIN, 2007, p. 291).

---

<sup>26</sup> Tradução livre. No original: “Integrity (...) insists that each citizen must accept demands on him, and may make demands on others, that share and extend the moral dimension of any explicit political decisions. Integrity, therefore fuses citizens’ moral and political lives: it asks the good citizens, deciding how to treat his neighbor when their interests conflict, to interpret the common scheme of justice to which they are committed just in virtue of citizenship”.

O direito como integridade é necessariamente uma atividade interpretativa. É “tanto o produto de interpretação abrangente da prática jurídica, quanto sua fonte de inspiração”. Esta atividade interpretativa busca dizer o que é o direito. A interpretação jurídica consiste, basicamente, em um exercício de interpretação construtiva, que busca justificar da melhor forma o ordenamento e as práticas jurídicas como um todo, de forma que a narrativa alcance a melhor interpretação possível. A concepção do direito como integridade ressalta que:

(...) as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política e processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade refuta, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas (DWORKIN, 2007, p. 271).

Um juiz que aceita a noção de direito como integridade entende que ao se deparar com um caso, os direitos das partes já estavam estabelecidos. As partes são detentoras, em termos de princípios, do direito de ter o seu caso julgado de acordo com o melhor entendimento sobre quais parâmetros legais da comunidade vigiam na época dos fatos, de forma que o juiz encontre uma coerência nestes parâmetros a partir da integridade. O julgamento de casos difíceis a partir do entendimento como integridade exige que os juízes se esforcem nesta tarefa interpretativa a fim de que construam a única resposta correta – a mais justa – para aquele caso (DWORKIN, 2007, p. 273).

### **3.4.1 O direito como um exercício de interpretação: a alegoria do “romance em cadeia”**

Dworkin defende que a prática jurídica assemelha-se um exercício de interpretação. Ele aduz que podemos aperfeiçoar nosso entendimento sobre o direito ao comparar a interpretação jurídica com a interpretação literária (DWORKIN, 2000, p. 146). “Podemos comparar o juiz que decide sobre o que é direito em alguma questão judicial [...] com o crítico literário que destrinca as várias dimensões de valor em uma peça ou um poema complexo” (DWORKIN, 2007, p. 275).

O objetivo da interpretação literária é demonstrar “como a obra pode ser vista como a obra de arte mais valiosa”, e para isso, deve-se refletir sobre as características formais de identidade, coerência, integridade e as considerações mais substantivas de valor artístico. Já a interpretação da prática jurídica, de forma semelhante, deve também buscar seu valor. Todavia, este valor não é artístico, mas sim político, uma vez que o Direito é um empreendimento político, cuja finalidade é permitir a vida em sociedade e assegurar a justiça

entre os cidadãos e os cidadãos e o seu governo. Desta forma, a interpretação jurídica deve demonstrar o seu valor, revelando o princípio ou política a que serve, de modo que a interpretação de uma lei ou de um sistema jurídico revele o melhor princípio ou diretriz política (*policy*) a que serve (DWORKIN, 2000, p. 160).

A descrição da interpretação jurídica não permite que o julgador ache na história doutrinária o que ele bem achar que deveria estar lá. A tarefa do juiz é a de interpretar a história jurídica que ele encontrar, e não a de criar uma história melhor (DWORKIN, 2000, 160).

O chamado “romance em cadeia” é um gênero literário artificial criado para comparar-se literatura e direito. Neste gênero literário, “um grupo de romancistas escreve um romance em série”, em uma cadeia interpretativa, de modo que o romancista interpreta os capítulos já escritos por outros romancistas para criar um novo capítulo que dê continuação à história. Cada romancista deve elaborar um capítulo de forma “a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração” (DWORKIN, 2007, p. 276).

Esta tarefa, segundo Dworkin, se assemelha à “complexidade de decidir um caso difícil do direito como integridade” (DWORKIN, 2007, p. 276). Os romancistas devem estar comprometidos não apenas em elaborar um só romance, mas em escrever o melhor romance possível, “como se fosse obra de um único autor e, não, [...] como um produto de muitas mãos diferentes” (DWORKIN, 2007, p. 276).

A perspectiva do romance em cadeia é mais bem visualizada quando o julgador está diante de um caso difícil (*hard case*), em que não há uma lei que discipline de forma clara a questão e cabe a ele analisar os argumentos das decisões já proferidas por outros juízes anteriormente sobre a matéria. Cada juiz, então, se assemelha a um romancista em cadeia na medida em que ele deve conhecer o que os outros juízes decidiram antes dele. Ao decidir o caso, o juiz deve lembrar que ele faz parte de uma cadeia complexa de interpretação. Neste sentido escreveu Dworkin:

Cada juiz deve se lembrar, ao decidir o novo caso diante dele, como um participante de um complexo empreendimento em cadeia, no qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é o seu dever continuar esta história para o futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que foi feito antes, porque ele tem responsabilidade em avançar este empreendimento que têm em mãos ao invés de partir em uma nova direção por sua conta. Então, ele deve determinar, de acordo com o seu próprio julgamento, o que as decisões anteriores significam, qual é, realmente, o propósito como um todo ou tema da prática até então<sup>27</sup> (DWORKIN, 2000, P. 159).

---

<sup>27</sup> Tradução livre. No original: “Each judge must regard himself, in deciding the new case before him, as a partner in a complex chain enterprise of which these innumerable decisions, structures, conventions, and practices are the history; it is his job to continue that history into the future through what he does on the day. He must interpret what has gone before because he has responsibility to advance the

Em síntese, o que propõe Dworkin é que o direito deve ser interpretado como um todo. A partir do entendimento do direito como integridade, o juiz deve aplicar ao caso “todo o conjunto de leis e o repertório de decisões judiciais pertinentes” (MARTINS; FERRI, 2006).

A partir da alegoria do romance em cadeia, “o juiz comportar-se-ia como um escritor que participa de um projeto literário realizado em conjunto” (MARTINS; FERRI, 2006). Esta proposta de Dworkin busca limitar a discricionariedade do juiz, que deve procurar “compatibilizar sua decisão com o conjunto legislativo e jurisprudencial existente” (MARTINS; FERRI, 2006). Este objetivo será atingido se for explicado todos os aspectos estruturais da argumentação, de forma a justificar todos os pontos centrais e relevantes da argumentação (MARTINS; FERRI, 2006)

### **3.5 Os casos difíceis**

A partir da análise do positivismo jurídico, Dworkin elabora sua tese da “única resposta correta” para o caso. Para o positivismo jurídico, quando uma demanda “não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, ‘o poder discricionário’ para decidir o caso de uma maneira ou de outra” (DWORKIN, 2002, p. 127). O autor defende que a finalidade do processo é descobrir e não inventar os direitos das partes. O direito a uma decisão específica legitima a atuação do juiz na resolução do caso (DWORKIN, 2002, p. 430-432).

Para Dworkin, ainda que não haja uma regra específica que regule aquele caso, uma das partes terá o direito de ganhar a demanda. O juiz “tem o dever (...) de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente” (DWORKIN, 2002, p. 127). Todavia, o autor alerta que não há um procedimento mecânico que revele quais são os direitos das partes nos casos difíceis – “o argumento pressupõe que os juristas e juízes sensatos irão divergir frequentemente sobre os direitos jurídicos, assim como os cidadãos e os homens de Estado divergem sobre os direitos políticos” (DWORKIN, 2002, p. 128).

---

enterprise in hand rather than strike out in some new direction of his own. So he must determine, according to his own judgment, what the earlier decisions come to, what the point or theme of the practice so far, taken as a whole, really is”.



Os casos difíceis são os casos em que não há nenhuma regra explícita (DWORKIN, 2000, p. 13). Nestes casos, os indivíduos têm direito a uma decisão específica, esmo quando não há uma norma ou jurisprudência explícitas sobre o tema (DWORKIN, 1978, p. xii).

### **3.5.1 A única resposta correta**

Um dos pontos que geram mais polêmica na teoria de Dworkin é a tese da resposta correta. (DWORKIN, 2000, p. 75). Dworkin argumenta que os positivistas aduzem que não há respostas corretas para os casos controversos, mas somente respostas diferentes. O autor alega que nos casos difíceis, as partes têm direito a uma resposta correta, a qual deve ser perseguida pelos juízes. A resposta correta não é passível de ser comprovada como correta – a questão não é se a resposta pode passar por um teste de verificação, mas sim se ela é correta.

Sobre a tese da única resposta correta para um caso, o autor assim escreveu:

Se for verdade que uma troca de promessa constitui ou não um contrato válido, que alguém processado por um delito é ou não responsável pelos danos, e que alguém acusado por um crime é ou não culpado, então em todos os casos em que estas questões são dispositivas têm uma resposta correta. Pode ser incerta ou controversa qual é esta resposta certa (...) Não decorreria desta incerteza que não há nenhuma resposta certa para esta questão jurídica (...) <sup>28</sup> (DWORKIN, 2000, p. 120).

## **3.6 Direito como integridade *versus* análise econômica do direito**

A análise econômica do direito é uma teoria derivada da filosofia de Jeremy Bentham, a qual postula que o direito e as instituições devem buscar o bem-estar da sociedade. Segundo a análise econômica do direito, as decisões devem ser pautadas em argumentos econômicos em detrimento de argumentos morais. Os julgadores devem estar preocupados em fazer a comunidade mais rica, ao invés de mais justa, uma vez que a maximização de riquezas é central para esta teoria (DWORKIN, 2000, p. 114).

O principal objetivo da análise econômica do direito é garantir a promoção do máximo de bem estar para os indivíduos. Dworkin defende que esta abordagem carece de qualquer base filosófica defensável. Para ele, o utilitarismo é uma teoria geral pobre sobre a

---

<sup>28</sup> Tradução livre. No original: “If it is true that an exchange of promises either does or does not constitute a valid contract, and that someone sued in tort either is or is not liable in damages, and that someone accused of a crime either is or is not guilty, then at least every case in which the issues are dispositive has a right answer. It may be uncertain and controversial what that right answer is (...) It would not follow from that uncertainty that there is no right answer to the legal question (...)”.

justiça que representa um antagonismo à concepção do direito como integridade. Nas palavras de DWORKIN:

A análise econômica aduz (...) que a maximização da riqueza da comunidade é um objetivo valioso, de forma que as decisões judiciais deveriam tentar maximizar esta riqueza, por exemplo, ao deferir direitos àqueles que iriam adquiri-los com custos de transação. Porém, não é claro porque a riqueza social é um objetivo valioso. Quem iria pensar que uma sociedade que é mais rica, ou é melhor ou é melhor do que uma sociedade que tem menos, com exceção de quem cometeu o erro de personificar esta sociedade e, portanto, pensou que uma sociedade é melhor se possuir mais riqueza da mesma forma que um indivíduo? Por que alguém que não cometeu este erro deveria pensar que a maximização da riqueza da sociedade é um objetivo valioso?<sup>29</sup> (DWORKIN, 2000, p. 240).

De acordo com a análise econômica do direito, os direitos devem ser entendidos de forma instrumental, em busca do avanço na maximização de riquezas. Os juízes devem decidir com base em políticas e não em princípios. Nestes termos, a correção da decisão se baseia apenas no crescimento da riqueza da comunidade (DWORKIN, 2000, p. 252). Todavia, esta noção de crescimento de riqueza e de bem-estar da sociedade é uma concepção individualista, uma vez que é verificada a partir de indivíduos distintos. A comunidade é concebida como um ente distinto e com interesses independentes de seus indivíduos.

Enquanto o direito como integridade defende que o indivíduo pode ter qualquer direito que possa ser argumentado com base em princípios, a análise econômica do direito aduz que o indivíduo nunca teve qualquer direito caso este direito signifique um prejuízo para a sociedade como um todo (DWORKIN, 1998, p. 152).

O chamado “pragmatismo” é uma concepção do direito alinhada ao utilitarismo. Segundo esta corrente, os juízes devem decidir de forma a produzir o melhor resultado para o resto da comunidade. Dentro desta concepção, não há um consenso sobre o que é o melhor para a comunidade: se é a riqueza, a felicidade, o poder, a diminuição da injustiça ou a melhora na qualidade de vida. Todavia, o próprio pragmatismo não elaborou uma teoria sobre o que de fato é melhor para a comunidade. Para Dworkin, o pragmatismo revela não levar os direitos a sério ao não permitir que as pessoas tenham direitos como trunfos contra o que é melhor para a maioria. Para o pragmatismo, os direitos são apenas instrumentos para um

---

<sup>29</sup> Tradução livre. No original: “Economic analysis holds (...) that social wealth maximization is a worthy goal so that judicial decisions should try to maximize social wealth, for example, by assigning rights to those who would purchase them but for transaction costs. But it is unclear why social wealth is a worthy goal. Who would think that a society that has more wealth, as defined, is either better or better off than a society that has less, except someone who made the mistake of personifying society, and therefore thought that a society is better off with more wealth in just the way any individual is? Why should anyone who has not made this mistake think social wealth maximization a worthy goal?”

futuro melhor para a comunidade que não têm força independente (DWORKIN, 1998, p. 160).

### 3.6.1 Uma corte política e a discricionariedade dos juízes

Posner acredita que a Suprema Corte americana, quando decide casos constitucionais é, na maioria das vezes, um órgão político:

Um tribunal deve ser amarrado a textos oficiais, como às disposições constitucionais e legais, e a decisões judiciais anteriores; uma legislatura não - ela pode vagar livremente. Mas a Suprema Corte, quando decide casos constitucionais, é política no sentido de ter e exercer o poder discricionário tanto quanto uma legislatura. Ela não pode abdicar desse poder, pois não há nada em que se apoiar para decidir casos constitucionais, ou qualquer outra novidade, do que o julgamento discricionário. Para tais casos, o texto constitucional e a história, e os pronunciamentos em votos anteriores, não falam claramente. Tais casos ocupam uma grande área aberta onde o material convencional jurídico da decisão não estão disponíveis e os juízes, privados dessas muletas, devem lançar mão da discricionariedade<sup>30</sup> (POSNER, 2005, p. 40) *(sem grifo no original)*.

O autor sustenta que os casos constitucionais são casos políticos, os quais não são passíveis de serem decididos a partir da mera aplicação das normas legais. Os casos constitucionais somente podem ser decididos com base em julgamentos políticos, os quais não podem ser avaliados, a partir das normas legais, como certos ou errados (POSNER, 2005, p. 40).

Segundo o autor, os limites para as decisões proferidas pela Suprema Corte são limites políticos (POSNER, 2005, p. 42). As fontes convencionais de Direito não ecoam de forma clara nestas decisões (POSNER, 2005, p. 42-43), de forma que a discricionariedade é o único instrumento de que o julgador dispõe para extrair suas decisões (POSNER, 2005, p. 48).

Acredita-se que os julgadores, quando interpretam a Constituição e as demais leis, estariam aplicando o direito. Porém, na verdade, o que ocorre é a invenção de boa parte do direito. Este poder de legislar característico da interpretação da Constituição aproxima o Poder Judiciário do Poder Legislativo. O direito constitucional é basicamente um produto da interpretação solta e discricionária do texto constitucional pela Suprema Corte (POSNER, 2003, p. 63).

---

<sup>30</sup> Tradução livre. No original: "A court is supposed to be tethered to authoritative texts, such as constitutional and statutory provisions, and to previous judicial decisions; a legislature is not - it can roam free. But the Supreme Court, when it is deciding constitutional cases, is political in the sense of having and exercising discretionary power as capacious as a legislature's. It cannot abdicate that power, for there is nothing on which to draw to decide constitutional cases or any novelty other than discretionary judgment. To such cases the constitutional text and history, and pronouncements in past opinions, do not speak clearly. Such cases occupy a broad open area where the conventional legal material of decision run out and the Justices, deprived of those crutches, have to make a discretionary call".

Posner afirma que o direito e a atividade dos julgadores estão reduzidos à política se entendermos a política como a “operação do sistema que guia e controla ações do governo”. (POSNER, 2003, p. 73). O direito é, em última análise, políticas públicas (*policy*) e as políticas públicas devem ser baseadas em fatos e não em questões de direito. Os advogados e julgadores devem balancear os interesses concretos extraídos do mundo real. Os filósofos do direito devem prestar mais atenção aos fatos, a outras práticas e a considerações empíricas relacionadas às políticas públicas do direito. (POSNER, 2003, p. 316).

O precedente possui um pequeno papel para a Suprema Corte (2005, p. 43). Pode-se afastar um entendimento firmado em determinado precedente “se os benefícios de decidir determinado caso de uma forma diferente for maior que os custos”. (POSNER, 2005, p. 44). A opção por afastar um entendimento já firmado pela Corte é um julgamento político (*policy*) e discricionário (POSNER, 2005, p. 44).

### **3.6.2 Pragmatismo e a “atividade política tolerável” da corte**

O autor tenta limitar a atividade política da Suprema Corte, até o ponto que ele chama de “atividade política tolerável”, por meio de uma abordagem pragmática do direito constitucional, a qual ele acredita ser a melhor para a atual era constitucional. O pragmatismo<sup>31</sup> requer que os julgadores se concentrem nas consequências práticas de suas decisões (POSNER, 2005, p. 90).

O pragmatismo aplicado ao direito revela que, a despeito de os julgadores acreditarem que suas atividades são “atividades neutras de comparar os fatos com o direito” os julgadores estão, na verdade, comprometidos com uma atividade política de formulação e aplicação de políticas públicas, atividade esta que se denomina direito (POSNER, 2003, p. 46).

O uso popular da palavra “pragmático” denota, na verdade, a mentalidade do “pragmatismo diário” (*everyday pragmatism*), cuja conotação significa prático, desdenhoso de uma teoria abstrata, de uma pretensão intelectual. O pragmatismo diário é uma perspectiva cultural não teorizada da maioria dos americanos, enraizada nos usos e atitudes de uma sociedade ousada, rápida, competitiva, visionária, comercial e materialista. O pragmatista usa o senso comum<sup>32</sup> para resolver problemas (POSNER, 2003, p. 49-52).

---

<sup>31</sup> Uma das possíveis definições para o pragmatismo é a rejeição da filosofia platônica. Os pragmatistas rejeitam a confiança de Platão no método de investigação, baseado na faculdade racional capaz de, com o treino adequado, apreender verdades profundas sobre ética, política e ciência. (POSNER, 2003, p. 30).

<sup>32</sup> Para Posner, senso comum significa pensamento habitual. (POSNER, 2003, p. 52).

Posner afirma que o pragmatismo não se guia pela moral. Para ele, esse afastamento da moral é necessário para se concentrar em questões legais e de teoria política. “O pragmatismo nos ajuda a perceber que o sonho de usar a teoria para guiar e restringir a ação política, inclusive a judicial, é somente isso – um sonho” (POSNER, 2003, p 55).

Para Posner, o pragmatismo indubitavelmente se aproxima mais do consequencialismo do que da deontologia – o ato de proferir uma decisão judicial é uma forma truncada de consequencialismo (POSNER, 2003, p. 65). O cerne do pragmatismo está na “preocupação intensificada com as consequências, ou na disposição de fundamentar julgamentos de política (*policy*) em fatos e consequências, em vez de em conceitualismos e generalidades”. (POSNER, 2003, p. 60). A emoção e a opinião pública exercem influência no julgador pragmático, ao contrário da justiça (*fairness*) e da igualdade:

O problema com palavras como "justiça" e "igualdade" é que elas não têm nenhum significado definitivo. São palavras para se invocar ao invés de facilitar a análise ou a tomada de decisão, (...) Quando as palavras "justiça" e "igualdade", usado pelos advogados e juízes são analisadas com cuidado, elas se dissolvem em considerações de consequência. Um procedimento é "justo" se equilibra razoavelmente o risco de erro contra o custo de reduzir o erro. E o tratamento é "desigual" em um sentido desagradável, se as consequências globais de tal tratamento são ruins. Como o formalismo legal, o discurso jurídico na esfera judicial é principalmente retórico, geralmente disfarçando julgamentos pragmáticos. Para onde poderosas intuições morais ou a esmagadora opinião pública sinalizam, seguem as noções de equidade, igualdade, liberdade, justiça, e assim por diante, uma vez que são infinitamente maleáveis. Os juízes não são uma vanguarda moral, e as palavras pretenciosas que eles usam tendem a ser rótulos para convicções baseadas na intuição e emoção. Inflação retórica, como loquacidade pura e jargão impenetrável, é um dos riscos ocupacionais do julgamento, como do direito em geral<sup>33</sup> (POSNER, 2003, pp. 66-67).

A orientação do pragmatismo legal é empírica. Isto não significa que cada caso deva ser analisado a partir de suas singularidades de fato. As consequências sistêmicas da adjudicação também são problemas de fato. Esta orientação empírica não implica na rejeição da utilização de princípios. A questão é o nível correto de abstração – princípios que organizam a investigação empírica devem ser distinguidos dos princípios com alto nível de abstração normativa, como “justiça”, “liberdade” e “autonomia” (POSNER, 2003, p. 77).

---

<sup>33</sup> Tradução livre. No original: “The problem with words like “fairness” and “equality” is that they have no definite meaning. They are words to conjure with rather than to facilitate analysis or decisionmaking; (...) When the words “fairness” and “equality” as used by lawyers and judges are analyzed carefully, they dissolve into considerations of consequence. A procedure is “fair” if it reasonably balances the risk of error against the cost of reducing error. And treatment is “unequal” in an invidious sense if the overall consequences of such treatment are bad. Like legal formalism, justice talk at the judicial level is mainly rhetoric, usually disguising pragmatic judgments. Where powerful moral intuitions or overwhelming public opinion point, notions of fairness, equality, liberty, justice, and so forth, being infinitely malleable, and conclusional rather than analytic follow. Judges are not a moral vanguard, and the highfalutin words they use tend to be labels for convictions based on hunch and emotion. Rhetorical inflation, like sheer loquacity and impenetrable jargon, is one of the occupational hazards of adjudication, as of law generally”.

A preocupação com as consequências e efeitos econômicos é o cerne da utilidade da economia para a análise pragmática do direito. Os julgadores devem decidir de uma forma tal que promova a eficiência, tendo-se em vista que faltam ferramentas efetivas para a correção da má distribuição de riquezas. Esta forma de julgar é útil para a sociedade. (POSNER, 2003, p. 78).

Posner acredita que a balança entre liberdade e segurança deve medir em qual ponto a restrição das liberdades individuais criaria um prejuízo maior para a sociedade do que um benefício relativo ao aumento na segurança pública. A expansão nas liberdades civis poderia criar um prejuízo maior para a sociedade ao reduzir a segurança do que um benefício por aumentar a liberdade. O ponto ideal se situa onde os benefícios gerados pela restrição da liberdade são iguais aos custos. Em qualquer outro ponto, o bem-estar social é menor. (POSNER, 2003, p. 297).

Após os ataques terroristas do “11 de setembro”, os Estados Unidos adotaram medidas para restringir as liberdades individuais com o objetivo de priorizar a segurança nacional. Um pragmatista diria que as liberdades civis deveriam ser restringidas na medida em que as consequências benéficas para a segurança da nação prevalecessem sobre os impactos na liberdade (POSNER, 2003, p. 300).

### **3.7 Considerações**

Ao elaborar uma decisão judicial, o julgador deve, previamente, interpretar as questões que lhe foram apresentadas. Apesar de haver inúmeras teorias da interpretação e da hermenêutica constitucional, “não somos autorizados a apontar uma única sequer em torno da qual haja algum consenso teórico” (CONTINENTINO, 2012).

Conforme ressalta Marcelo Continentino, o entendimento do direito como integridade não é a noção final que responde a todos os questionamentos do jurista e também não é uma resposta cabal ao quadro de insuficiência teórica. Todavia, esta teoria é considerada por muitos como a que “melhor avança sobre o crucial problema da aplicação do Direito e, sobretudo, da Constituição” (CONTINENTINO, 2012).

Este trabalho buscou, a partir da análise da teoria do direito como integridade, lançar um questionamento sobre a validade do argumento da reserva do possível, que é rotineiramente utilizado pelo Estado a fim de afastar a tutela do direito à saúde.

A teoria do direito como integridade se revelou uma ferramenta bastante útil ao julgador, uma vez que o embate argumentativo entre a reserva do possível e o direito à saúde constitui um verdadeiro drama levado a sua análise. Neste sentido escreveu BARROSO:

Alguém poderia supor, a primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que se contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão” (BARROSO, 2009, p. 35).

A argumentação exigida pela teoria do direito com integridade, toda baseada em princípios, não permite que a reserva do possível seja de fato um argumento capaz de suprimir o direito à saúde, uma vez que é um argumento de política, isto é, preocupado com um objetivo coletivo da comunidade. A argumentação pautada em princípios privilegia os direitos individuais que, para Dworkin, são trunfos detidos pelos cidadãos contra a vontade majoritária da comunidade. Os argumentos de política, como a reserva do possível, não devem ter espaço na argumentação jurídica. O direito não pode permitir que argumentos políticos sejam capazes de limitar um direito individual.

A teoria do direito como integridade, ao delinear de forma clara o que são argumentos de princípio e de política, evidencia a impossibilidade de um argumento de política como a reserva do possível impedir a concretização do direito a saúde. Os argumentos de política são importantes para as decisões políticas, as quais se expressam por meio de políticas públicas. Não cabe ao juiz ponderar quais são os interesses da comunidade e quais são os objetivos a serem perseguidos, uma vez que esta é uma avaliação que cabe ao processo político, o qual busca expressar os diversos interesses que estão em jogo.

Segundo a teoria do direito como integridade, cabe ao juiz do caso analisar todas as suas peculiaridades, com atenção a todas as circunstâncias relevantes e singulares e de acordo com a interpretação coerente de todos os princípios aplicáveis à comunidade.

Já a análise econômica do direito se revelou uma prática totalmente contrária à teoria do direito como integridade. De acordo com a corrente “pragmatista” da análise econômica do direito, os juízes devem sempre decidir com base em políticas. O direito é, para esta corrente, apenas a expressão de políticas públicas e deve ter, como preocupação central, as consequências e os efeitos econômicas de uma decisão. Os argumentos de política invadem a seara do direito e podem inviabilizar a concretização de um direito individual. O direito entendido a partir desta perspectiva inviabiliza a proteção contramajoritária do indivíduo.

Assim, podemos afirmar que a teoria do direito como integridade se revela uma ferramenta interessante para o juiz que se depara com casos de judicialização do direito à saúde. Referida teoria significa um esforço teórico a fim de se ter a decisão mais justa ao fornecer elementos para que a Constituição seja entendida a partir de uma leitura deontológica.



## 4. Considerações finais

*"If courts take the protection of individual rights as their special responsibility, then minorities will gain in political power to the extent that access to the courts is in fact available to them, and to the extent to which the court's decisions about their rights are in fact sound"* (DWORKIN, 1978, p. 269).

O presente trabalho buscou analisar o argumento da reserva do possível a partir dos marcos teóricos de Robert Alexy e Ronald Dworkin, os quais possuem bastante relevo no atual paradigma constitucional. Cada uma destas teorias permite diferentes modos de elaboração de uma decisão judicial e formas de compreensão da Constituição Federal.

Para Robert Alexy, os princípios "são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível segundo as possibilidades fáticas e jurídicas" (ALEXY, 1997, p. 75). Os princípios devem ser entendidos como mandatos de otimização, uma vez que eles podem ser realizados em diferentes graus. O autor defende que não existem princípios absolutos em um ordenamento jurídico que reconhece direitos fundamentais.

Alexy aduz que a teoria da argumentação jurídica e a ponderação são procedimentos racionais que garantem que as decisões serão justas. O autor alega que é possível argumentar de forma racional em matéria de justiça ao se observar as regras das técnicas de argumentação e ponderação. O juiz do caso, quando se depara com a colisão de princípios, deve realizar a ponderação destes, a fim de averiguar qual deve prevalecer.

No embate entre direito à saúde e a reserva do possível à luz da teoria alexyana, o primeiro só será plenamente concretizado na medida em que o Estado dispuser de capacidade financeira, ou seja, há um tensionamento entre o direito à saúde e a capacidade financeira do Estado. Segundo a teoria alexyana, o juiz deverá ponderar em qual medida o direito à saúde será atendido, tendo em vista a limitação material do Estado.

Ocorre que qualquer resultado pode advir da técnica da ponderação, uma vez este método não possui quaisquer requisitos de justiça. A única exigência da teoria alexyana é a observância do método. Todavia, apenas a observância do método não é capaz de produzir verdade ou justiça. Como disse Habermas, o sopesamento de valores produz uma resposta quanto ao resultado, mas não é possível justificar este resultado (HABERMAS, 1998, p. 430).

A partir do raciocínio alexyano, é possível que o direito à saúde seja negado por meio de uma decisão judicial quando o Estado não dispuser de recursos para sua concretização. Estes foram, em síntese, os argumentos utilizados nas decisões do Supremo Tribunal Federal na STA 91 e na SS 93 para determinar a não-obrigatoriedade do Estado em fornecer os medicamentos pleiteados. Estas decisões foram pautadas na "limitação de

recursos e na necessidade de racionalização dos gastos para o atendimento de um maior número de pessoas” (STA 91, Rel. Ellen Gracie, Dj de 05.03.2007; SS 3073, Rel. Min. Ellen Gracie, Dj de 15.02.2007).

Podemos observar que o método da ponderação descrito por Alexy enfraquece a força vinculante da Constituição ao permitir que quaisquer argumentos sejam utilizados como limitadores dos direitos por ela estatuídos. A teoria alexyana revela uma leitura axiológica da Constituição ao identificar a argumentação jurídica com a argumentação moral. Esta teoria permite que os direitos fundamentais sejam relativizados em prol de um argumento político, como por exemplo, o argumento da reserva do possível, uma vez que a ponderação admite a restrição dos direitos fundamentais.

Conforme observou Juliano Z. Benvindo, a ponderação se revela uma técnica problemática em uma sociedade que clama por preservar o princípio da separação dos poderes e, acima de tudo, a proteção contramajoritária garantida pela Constituição (BENVINDO, 2010, p. 412). Neste diapasão, nos parece bastante acertada a crítica feita por Habermas de que a ponderação retira o poder normativo dos direitos constitucionais, o que conduz ao colapso da “muralha de fogo”.

A teoria de Dworkin revela que outra forma de elaboração das decisões judiciais, que não a ponderação, é possível. Para o autor, a argumentação jurídica deve ser pautada em princípios e não em política. Os argumentos de princípios privilegiam os direitos individuais, que são trunfos detidos pelos indivíduos, ao passo que os argumentos de política, visam proteger algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O autor defende que as decisões judiciais devem ser pautadas sempre em argumentos de princípios – argumentos sobre quais direitos as pessoas têm sob a égide do nosso sistema constitucional – em detrimento de decisões lastreadas em como o bem estar geral da comunidade é melhor promovido. Diferentemente, as decisões políticas devem ser elaboradas por meio do processo político, o qual busca expressar os diversos interesses que estão em jogo.

Para o autor, o direito deve ser entendido a partir da integridade, como um sistema único e coerente de justiça e equidade. A integridade para ele é uma virtude que se expressa na habilidade de agir de forma coerente com princípios. Para a concepção do direito como integridade, cada caso deve ser julgado com atenção a todas as circunstâncias relevantes e singulares e de acordo com a interpretação coerente de todos os princípios aplicáveis à comunidade.

Segundo esta concepção, os princípios não são passíveis de sofrerem colisão. Na verdade, eles apenas se tensionam, pois são coerentes. Isso significa dizer que princípios não

são relativos e não podem ser realizados apenas na medida do possível. Pelo contrário, direitos devem ser levados a sério, a partir da aplicação coerente dos princípios da comunidade e da noção de igual consideração e respeito e sua aplicabilidade somente será auferida diante do caso concreto.

A igual consideração e respeito são exigências de uma comunidade de princípios. Dworkin aduz que estas são exigências fracas para o comportamento das pessoas, uma vez que não requer um consenso moral entre elas. O agir de acordo com a integridade expressa o reconhecimento das pessoas com os princípios da justiça e da equidade e com as noções de fraternidade e cidadania. Ao julgarem novos casos, os juízes devem aplicar os princípios de justiça, equidade e devido processo legal, de forma que cada caso seja justo e equitativo frente às mesmas normas. Esta forma de julgar revela a ambição do direito como integridade de que a comunidade é uma comunidade de princípios.

O juiz Hércules de Dworkin tem capacidade de analisar o problema fático por todas as variáveis possíveis para atingir uma única resposta correta. Ele conhece todas as hipóteses sobre o caso, porém, ao julgá-lo, dá apenas a resposta adequada. Esta metáfora quer nos ensinar que, ainda que o juiz real não seja o juiz Hércules, em virtude de suas limitações, o juiz real deve buscar a resposta correta por meio da análise das tensões e de todas as possíveis interpretações, à luz sempre do conceito de integridade que exige a observância da igual consideração e respeito.

Por fim, no embate entre o direito como integridade e o pragmatismo, concepção teórica influenciada pelo utilitarismo e pela análise econômica do direito, enquanto Dworkin defende que os direitos não podem ser instrumentos para o alcance de objetivos da comunidade, Posner defende que os juízes devem decidir com base em política e não em princípios. Para este, a elaboração de uma decisão possui limites políticos, de forma que o direito é, em última análise, a expressão de políticas públicas (*policy*) que devem ser baseadas em fatos e não em questões de direito.

A abordagem pragmatista do direito defendida por Posner busca a resolução de problemas a partir do senso comum e do afastamento da moral. Para ele, a deontologia não passa de “conceitualismos e generalidades” (POSNER, 2003,p. 60). A preocupação com as consequências e efeitos econômicos é o cerne da utilidade da economia para a análise pragmática do direito.

Segundo esta concepção, os julgadores devem decidir de uma forma tal que promova a eficiência, tendo-se em vista que faltam ferramentas efetivas para a correção da má distribuição de riquezas. Para Dworkin, a abordagem do direito realizada pela teoria da

análise econômica do direito carece de qualquer base filosófica defensável e representa um antagonismo à concepção do direito como integridade.

O pragmatismo revela não levar os direitos a sério ao não permitir que as pessoas tenham direitos como trunfos contra o que é melhor para a maioria. Enquanto o direito como integridade defende que o indivíduo pode ter qualquer direito que possa ser argumentada com base em princípios, a análise econômica do direito aduz que o indivíduo nunca teve qualquer direito caso este direito signifique um prejuízo para a comunidade como um todo.

Assim, ao passo que para a teoria do direito como integridade, a Constituição possui força vinculante e os direitos individuais funcionam como trunfos contra a ação estatal, de forma que a vontade da maioria, que é expressa por meio do Estado, pode ser restringida em prol da proteção dos direitos individuais, para a teoria de Robert Alexy o direito pode ser relativizado por meio da argumentação jurídica e da ponderação e, para a teoria da análise econômica do direito, o direito é um mero instrumento para a consecução de objetivos da comunidade. Neste sentido, cabe mencionar a constatação de Ackerman, para o qual a análise econômica da constituição é cética quanto à noção de cidadania. A cidadania é totalmente instrumentalizada, uma vez que a análise econômica do direito é pautada na ignorância dos cidadãos, de forma que o ator racional se pergunta apenas “o que é bom para mim?”. A cidadania é reduzida a questões de vantagens particulares (ACKERMAN, 1999, p. 416).

A teoria do direito como integridade, ao delinear de forma clara o que são argumentos de princípio e de política, evidencia a impossibilidade de um argumento de política como a reserva do possível impedir a concretização do direito à saúde. Os argumentos de política são importantes para as decisões políticas, as quais se expressam por meio de políticas públicas. Não cabe ao juiz ponderar quais são os interesses da comunidade e quais são os objetivos a serem perseguidos, uma vez que esta é uma avaliação que cabe ao processo político, o qual busca expressar os diversos interesses que estão em jogo. Os argumentos de política, como a reserva do possível, não devem ter espaço na argumentação jurídica. O direito não pode permitir que argumentos políticos sejam capazes de limitar um direito individual.

A concepção do direito como integridade é essencial para se pensar a separação do direito e da política. Esta teoria propõe que cada seara tenha uma forma própria de elaborar decisões. Caso seja legítima a utilização de argumentos políticos no direito, o direito seria reduzido à política.

Conclui-se que a teoria do direito como integridade é a que melhor consegue avançar sobre o problema da aplicação do Direito e, sobretudo, da Constituição ao exigir a prevalência

dos direitos fundamentais. Esta teoria viabiliza uma leitura deontológica da Constituição e uma análise constitucionalmente adequada do embate entre direito à saúde e o argumento da reserva do possível, ao delinear o caráter político de argumentos que retratam a preocupação com os resultados econômicos de uma determinada decisão, como o argumento da reserva do possível.

Desta forma, o que pode ser considerada como uma decisão correta no embate entre o direito a saúde e a reserva do possível é aquela que considera todas as circunstâncias relevantes do caso e pauta sua argumentação em princípios, ou seja, em quais os direitos as partes têm. O julgador não deve argumentar em termos de política, caso contrário haveria verdadeira invasão de competência da Administração, à qual cabe sopesar todos os interesses em jogo ao elaborar as políticas públicas. O julgador não pode se ater às consequências econômicas que uma decisão pode vir a causar, sob pena de se perder a força vinculante da Constituição.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **Constitucional Economics, Constitucional Politics**. In: Constitutional Political Economy. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/124](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/124). Acessado em 15 de agosto de 2012.

ALEXY, Robert. **El Concepto y la Validez del Derecho**. 2.ed. Tradução de Jorge M. Seña. Barcelona : Gedisa, 1997.

\_\_\_\_\_. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri : Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

\_\_\_\_\_. **La Tesis del Caso Especial**. In: Isegoría, n. 21, pp. 23-35, 1999.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo : Landy Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. In: Ratio Juris, v. 16, n. 2, pp. 131-140, 2003a.

\_\_\_\_\_. **Justicia como Corrección**. Tradução de Ana Ines Haquin. In: Doxa – Cuadernos de Filosofia del Derecho, n. 26, pp.161-171, 2003b.

\_\_\_\_\_. **Balancing, Constitutional Review and Representation**. In: International Journal of Constitutional Law, v. 3, n. 4, pp. 572-581, 2005.

ARENHART, Sergio Cruz. **As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7177>. Acessado em 3 de dezembro de 2012.

ATIENZA, Manuel. **Entrevista a Robert Alexy**. In: Cuadernos de Filosofia del Derecho, n. 25, p. 671-687, 2001.

BENVINDO, Juliano Zaiden. **On the Limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism**. Nova Iorque : Springer, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial**. In: Jurisprudência Mineira – Tribunal de Justiça de Minas Geras, v. 60, n. 188, p. 35-50, jan./mar, 2009

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em : [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acessado em 20 de novembro de 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada n. 91**. Relatora Ministra Ellen Gracie. Decisão monocrática publicada no Diário de Justiça Eletrônico de 05.03.2007.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Segurança n. 3.073**. Relatora Ministra Elie Gracie. Decisão monocrática publicada no Diário de Justiça Eletrônico de 15.02.2007. CANELA JUNIOR, Oswaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução 107 de 6 de abril de 2010**. Disponibilizada no DJ-e nº 61/2010, em 07/04/2010, pág. 9-10).

CONSTANTINO, Marcelo Casseb. **O problema das Excessivas Citações Doutrinárias no STF**. Disponível em [http://www.fd.unb.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=963%3Ao-problema-das-excessivas-citacoes-doutrinarias-no-stf&catid=186%3Atextos-e-artigos-diversos&Itemid=2907&lang=br](http://www.fd.unb.br/index.php?option=com_content&view=article&id=963%3Ao-problema-das-excessivas-citacoes-doutrinarias-no-stf&catid=186%3Atextos-e-artigos-diversos&Itemid=2907&lang=br). Acessado em 25 de setembro de 2012.

DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. 9. Ed., Cambridge : Harvard University Press, 2000.

\_\_\_\_\_. **Taking Rights Seriously**. Cambridge : Harvard University Press, 1978.

\_\_\_\_\_. **Law's Empire**. Oxford : Hart Publishing, 1998.

\_\_\_\_\_. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo : Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Justice in Robes**. Cambridge : Harvard University Press, 2006.

\_\_\_\_\_. **O Império do Direito**. São Paulo : Martins Fontes, 2007.

FERRI, Caroline. **A interface entre Direito e Moral segundo a perspectiva de Robert Alexy**. 2006. 118p. Dissertação. Mestrado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros para sua Eficácia e Efetividade**. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms**. Tradução de W. Rehg. Cambridge : Polity, 1996.

\_\_\_\_\_. **Reply to Symposium Participants**. In: Habermas on Law and Democracy. ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (Orgs). Berkeley : University of California Press, 1998.

POSNER, Richard. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge : Harvard University Press, 2003.

\_\_\_\_\_. **The Supreme Court 2004 Term - Foreword: A Political Court**. Harvard Law Review, v. 119, n.1, Nov. 2005.

MARTINS, Argemiro; FERRI, Caroline. **O Problema da Discrecionalidade em Face da Decisão Judicial com Base em Princípios: A Contribuição de Ronald Dworkin**. Novos Estudos Jurídicos. Volume 11, n. 2, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações.** In: Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”. SARLET, Ingo W.; TIMM, Luciano B. (Orgs.). Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, p. 13-50, 2010.

WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de Recursos, Custos dos Direitos e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF.** In: Jurisprudência Constitucional: Como Decide o STF? COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana M. (Coords.). São Paulo : Malheiros, 2009, p. 275-300.



# **ANEXOS**

## **ANEXO A**

### **STA 91 – SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA**

#### **Partes**

**REQUERENTE:** ESTADO DE ALAGOAS

**REQUERIDO:** PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS  
(AGRAVO REGIMENTAL EM PEDIDO DE SUSPENSÃO DE EFETIVAÇÃO DE  
ANTECIPAÇÃO DE TUTELA Nº 2006.002444-8)

#### **Decisão**

1. O Estado do de Alagoas, com fundamento no art. 4º da Lei 8.437/92 e no art. 1.º da Lei 9.494/97, requer a suspensão da execução da tutela antecipada concedida na Ação Civil Pública n.º 001.06.014309-7 (fls. 27/47), que determinou àquele ente federado o fornecimento de medicamentos necessários para o tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados (fls. 23/26) . O requerente sustenta, em síntese: a) cabimento do presente pedido de suspensão, visto que o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada ajuizada perante aquela Corte estadual (fls. 88/94), negando seguimento ao agravo regimental intempestivamente interposto (fls. 110/112) e, posteriormente, ao próprio pedido de reconsideração (fls. 116/118); b) ocorrência de grave lesão à economia pública, porquanto a liminar impugnada é genérica ao determinar que o Estado forneça todo e qualquer medicamento necessário ao tratamento dos transplantados renais e pacientes renais crônicos, impondo-lhe a entrega de "(...) medicamentos cujo fornecimento não compete ao Estado dentro do sistema que regulamenta o serviço, (...)" (fl. 08). Nesse contexto, ressalta que ao Estado de Alagoas compete o fornecimento de medicamentos relacionados no Programa de Medicamentos Excepcionais e de alto custo, em conformidade com a Lei n.º 8.080/90 e pela Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde. c) existência de grave lesão à ordem pública, vista aqui no âmbito da ordem jurídico-administrativa, porquanto o fornecimento de medicamentos, além daqueles relacionados na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde e sem o necessário cadastramento dos pacientes, inviabiliza a programação do Poder Público, o que compromete o adequado cumprimento do Programa de fornecimento de medicamentos excepcionais.

2. O Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Barros Monteiro, ao afirmar que a causa de pedir, na ação ordinária, ostenta índole constitucional, porque envolve a interpretação e aplicação dos arts. 23, inc. II e 198, inc. I da Constituição Federal negou seguimento ao pedido e determinou o envio dos presentes autos ao Supremo Tribunal Federal (fls. 121/122).

3. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo deferimento do pedido (fls. 128/134).

4. Inicialmente, reconheço que a controvérsia instaurada no mandado de segurança em apreço evidencia a existência de matéria constitucional: alegação de ofensa aos arts. 23, inc. II e 198, inc. I da Constituição da República e aos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Dessa forma, cumpre ter presente que a Presidência do Supremo Tribunal

Federal dispõe de competência para examinar questão cujo fundamento jurídico é de natureza constitucional (art. 297 do RISTF, c/c art. 25 da Lei 8.038/90), conforme firme jurisprudência desta Corte, destacando-se os seguintes julgados: Rcl 475/DF, rel. Ministro Octavio Gallotti, Plenário, DJ 22.4.1994; Rcl 497-AgR/RS, rel. Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 06.4.2001; SS 2.187-AgR/SC, rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ 21.10.2003; e SS 2.465/SC, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 20.10.2004.

5. A Lei 8.437/92, em seu art. 4º, autoriza o deferimento do pedido de suspensão de execução de liminar para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. **Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados "(...) e outros medicamentos necessários para o tratamento (...) (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, a tutela concedida atinge, por sua amplitude, esferas de competência distintas, sem observar a repartição de atribuições decorrentes da descentralização do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 198 da Constituição Federal. Finalmente, verifico que o Estado de Alagoas não está se recusando a fornecer tratamento aos associados (fl. 59). É que, conforme asseverou em suas razões, "(...) a ação contempla medicamentos que estão fora da Portaria n.º 1.318 e, portanto, não são da responsabilidade do Estado, mas do Município de Maceió, (...) (fl. 07), razão pela qual seu pedido é para que se suspenda a "(...) execução da antecipação de tutela, no que se refere aos medicamentos não constantes na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde, ou subsidiariamente, restringindo a execução aos medicamentos especificamente indicados na inicial, (...) (fl. 11).** 6. Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido para suspender a execução da antecipação de tutela, tão somente para limitar a responsabilidade da Secretaria Executiva de Saúde do Estado de Alagoas ao fornecimento dos medicamentos contemplados na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde. Comunique-se, com urgência. Publique-se. Brasília, 26 de fevereiro de 2007. Ministra Ellen Gracie Presidente (STA 91, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) ELLEN GRACIE, julgado em 26/02/2007, publicado em DJ 05/03/2007 PP-00023 RDDP n. 50, 2007, p. 165-167)

## **ANEXO B**

### **SS 3073 – SUSPENSÃO DE SEGURANÇA**

#### **Partes**

**REQUERENTE: ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**

**REQUERIDO: RELATORA DO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2006.006795-0 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**

#### **Decisão**

1. O Estado do Rio Grande do Norte, com fundamento no art. 4º da Lei 4.348/64, requer a suspensão da execução da liminar concedida pela desembargadora relatora do Mandado de Segurança nº 2006.006795-0 (fls. 31-35), em trâmite no TJ/RN, que determinou àquele ente federado o fornecimento dos medicamentos Mabithera (Rituximabe) + Chop ao impetrante, paciente portador de câncer, nos moldes da prescrição médica. O requerente sustenta, em síntese: a) inadequação do mandado de segurança, pois, "em caso de pedido de medicamentos, é necessária perícia que verifique a plausibilidade da indicação médica feita pelo médico particular" (fl. 5); b) ocorrência de grave lesão à ordem e à economia públicas, porquanto a liminar impugnada viola o princípio da legalidade orçamentária (Constituição da República, art. 167), certo que "o Estado não tem previsão orçamentária para suprir a população com todos os medicamentos que esta demande, não podendo arcar com o provisionamento integral de fármacos de que necessite cada cidadão residente no território estadual" (fl. 10). Nesse contexto, ressalta a necessidade de observância da cláusula da reserva do financeiramente possível e o fato de que os medicamentos requeridos não estão inseridos no âmbito do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional, estabelecido, por intermédio do Poder Executivo, conjuntamente pela União, Estados e Municípios; c) impossibilidade de o Poder Judiciário "c) impossibilidade de o Poder Judiciário "desenvolver ou efetivar direitos sem que existam meios materiais disponíveis para tanto" (fl. 12). Além disso, aduz que não se nega a fornecer todo e qualquer medicamento ao impetrante, apenas propõe a indicação de outros similares, uma vez que o medicamento solicitado não se encontra relacionado na lista do Ministério da Saúde; d) caráter experimental do medicamento pleiteado (Rituximabe), o qual se encontra em estudo "em razão de pesquisas haverem concluído que ele proporciona o aparecimento de hepatite nos pacientes que o utilizam" (fl. 15).

2. A Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte determinou a remessa dos autos a esta Corte (fls. 36-38).

3. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo indeferimento do pedido (fls. 45-46). 4. Inicialmente, reconheço que a controvérsia instaurada no mandado de segurança em apreço evidencia a existência de matéria constitucional: alegação de ofensa aos arts. 6º e 196 da Constituição da República e aos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Dessa forma, cumpre ter presente que a Presidência do Supremo Tribunal Federal dispõe de competência para examinar questão cujo fundamento jurídico é de natureza constitucional (art. 297 do RISTF, c/c art. 25 da Lei 8.038/90), conforme firme jurisprudência desta Corte, destacando-se os seguintes julgados: Rcl 475/DF, rel. Ministro Octavio Gallotti, Plenário, DJ 22.4.1994; Rcl 497-Agr/RS, rel. Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 06.4.2001; SS 2.187-Agr/SC, rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ 21.10.2003; e SS 2.465/SC, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 20.10.2004.

5. A Lei 4.348/64, em seu art. 4º, autoriza o deferimento do pedido de suspensão de segurança para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto **a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade.** Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas. Constatado, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao impetrante. É que, conforme asseverou em suas razões, "o medicamento requerido é um plus ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo" (fl. 14). Finalmente, no presente caso, poderá haver o denominado "efeito multiplicador" (SS 1.836-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11.10.2001), diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela do impetrante.

6. Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.006795-0 (fls. 31-35), em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Comunique-se, com urgência. Publique-se. Brasília, 09 de fevereiro de 2007. Ministra Ellen Gracie Presidente (SS 3073, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) ELLEN GRACIE, julgado em 09/02/2007, publicado em DJ 14/02/2007 PP-00021)